Verkehrshypothek und Grundschuld.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Eugen Schuster,
Gerichts-Assessor in Breslau.

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

Breslau
Druck von R. Nischkowsky
1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Herb. Meyer.**
Korreferent: Professor Dr. **Fischer.**

Dem Andenken meiner Mutter
und meinem Vater

gewidmet.

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

§ 1. Unterschiede im Rechtsinhalt 4

A. Die Theorie von Schuld und Haftung führt nicht zu einer zutreffenden Erfassung der rechtlichen Natur von Hypothek und Grundschuld und des Gegensatzes dieser beiden Rechte 5

B. Desgleichen nicht die Theorie der Realobligation . . . 23

C. Ebenso nicht die sogenannten Werttheorieen 54

D. Die Akzessorietät ist ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Hypothek und Grundschuld 76

E. Desgleichen das pfandrechtliche Moment 102

F. Zusammenfassung der Unterschiede zwischen Hypothek und Grundschuld hinsichtlich des Rechtsinhalts . . . 106

§ 2. Unterschiede in der Begründung von Hypothek und Grundschuld 107

§ 3. Hypotheken- und Grundschuldbrief 110

§ 4. Übertragung von Hypothek und Grundschuld 110

A. § 1153 BGB. als bedeutsames Unterscheidungsmerkmal zwischen Hypothek und Grundschuld 110

B. Abschwächungen der Grundsätze des § 1153 113

C. Unrichtigkeit der Behauptung Hachenburgs (u. a.), daß die Sätze des § 1153 in Wirklichkeit nur für den Entwurf I, nicht aber für das BGB. selbst bzw. den Entwurf II Geltung hätten, § 1153 also nur eine doktrinäre Bestimmung sei 115

D. Die sonstigen Vorschriften über die Übertragung von Hypothek und Grundschuld, sowie § 416 BGB. . . . 121

§ 5. Fälligkeit, Kündigung, Zahlungsort, Nebenleistungen . . . 122

§ 6. Wirkungen der freiwilligen Befriedigung des Gläubigers . 124

§ 7. Rechtsschutz bei Hypothek und Grundschuld 128

A. Einwendungen und Einreden des Eigentümers 128

B. Sonstige Rechtsbehelfe des Eigentümers bei Hypothek und Grundschuld 141

C. Rechtsschutz des persönlichen Schuldners 142

Seite

§ 8. Hypothek und Grundschuld bei der Zwangsversteigerung (und Zwangsverwaltung). (Die Verschiedenartigkeit des rechtlichen Schicksals von Hypothek- und Grundschuldforderung in diesem Verfahren) 144

§ 9. Die an den Eigentümer gelangende Hypothek und Grundschuld 148

A. Die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek bzw. der Hypothek des Eigentümers und der Grundschuld des Eigentümers. 148

B. Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld sind der rechtlichen Natur nach nicht unterschieden, wohl aber Hypothek des Eigentümers und Eigentümergrundschuld 151

§ 10. Gesamthypothek und Gesamtgrundschuld 159

Schluß 162

Berichtigungen 163

Quellen.

a) Literatur.

Achilles-Strecker, Grundbuchordnung, 1. Teil, Berlin 1901.

v. Amira, Nord-Germanisches Obligationenrecht, 1. Bd., Leipzig 1882, 2. Bd., Leipzig 1895.

Baehr, im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, Heft 2, S. 150 ff.

— in Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 30, S. 518 ff.

Bendix, BGB., 2. Aufl., 2. Bd., Breslau 1904.

Best, Das Grundbuchrecht und Hypothekenrecht des BGB., Gießen 1896.

Biermann, Das Sachenrecht des BGB., 2. Aufl., Berlin 1903.

Böhm, Das materielle und formelle Grundbuchrecht, Hannover 1898.

Bremer, Hypothek und Grundschuld, Göttingen 1869.

Brinz, Pandekten, 2. Aufl., 2. Bd., 2. Abtlg., Erlangen 1882.

Bruck, Die Eigentümerhypothek, Jena 1903.

Du Chesne, im Sächs. Arch. f. deutsches bürg. Recht, Bd. 15, Heft 3 und 4, Leipzig 1905, S. 157 ff.

— Zeitschrift f. Rechtspflege in Bayern, 1905, S. 257 f.

— Zeitschrift des deutschen Notarvereins, 1905, S. 397 ff.

— im „Recht", 1905, Sp. 644 f.

Cosack, BGB., 4. Aufl., 2. Bd., Jena 1904.

Crome, BGB., 3. Bd., Tübingen 1905.

Dernburg, BGB., 4. Aufl., 3. Bd., Halle 1908.

— Preuß. Privatr., allgem. Lehren und Sachenr., 5. Aufl., Halle 1894.

— Pandekten, 7. Aufl. 1. Bd., Berlin 1902.

— u. Hinrichs, Hypothekenr., Leipzig 1877.

Düker, Die analoge Anwendung der Vorschriften der Hypothek auf die Grundschuld des BGB., Borna-Leipzig 1906.

Dümchen, „Schuld und Haftung", Jena 1908.

Eccius, in Gruchots Beitr., Bd. 51, S. 162 ff.

Eck-Leonhard, BGB., 1. u. 2. Aufl., 2. Bd., Berlin 1904.

Egger, Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht, Breslau 1903.

Endemann, BGB., 8. u. 9. Aufl., 2. Bd., 1. Abtlg., Berlin 1905.

Engelmann, BGB., 4. Aufl., Berlin 1906.

Enneccerus-Lehmann, BGB., 2. Aufl., 2. Bd., Marburg 1901.
Entscheidungen des R. G., des K. G. und der O. L. G.
O. Fischer, in Fischer-Henle, BGB., München 1906.
v. Flotow, Die verschiedene Rechtsstellung des Eigentümers, der pp., Borna-Leipzig 1903.
Fuchs, Grundbuchr., 1. Bd., Berlin 1902.
— „Wesen der Dinglichkeit", Berlin 1889.
Gerber-Cosack, System des deutsch. Privatr., 17. Aufl., Jena 1895.
Gierke, Deutsches Privatr., 1. Bd., Leipzig 1895, 2. Bd., Leipzig 1905.
Goldschmidt, im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 20, S. 29 ff.
Grützmann, im Sächs. Arch. f. bürg. Recht und Prozeß, Bd. 8, Heft 5, S. 257 ff.
Hachenburg, Beitr. zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs pp. Mannheim 1895.
— Das BGB., Vortr., Mannheim 1900.
— in deutscher Jur. Ztg. 1906, Sp. 297 f.
Hanson, Die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld (§ 1198 BGB.), Borna-Leipzig 1908.
Hellmann, in Krit. Vierteljahrsschrift, 3. Folge, Bd. 8, S. 72 ff.
Hinsberg, in deutscher Jur. Ztg., 1906, Sp. 257 f.
Hirsch, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 25, S. 222 ff.
Huth, im Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit, Bd. 6, S. 327 ff.
Huther, in Mecklenburg. Zeitschrift, 18. Bd., 1. Heft, S. 76 ff.
Isay, in Jherings Jahrb., Bd. 48, 4.—6. Heft, S. 187 ff.
Jäckel, in Gruchots Beiträgen, Bd. 50, S. 596 ff.
Kindel, Das Recht an der Sache, Breslau 1889.
— in der Festgabe der Jurist. Gesellsch. zu Berlin 1903.
Kluger, Die Obligation als Voraussetzung des Pfandrechts pp., Greifswald 1904.
Kober, in von Staudingers Komm. z. BGB., 3.—4. Aufl., 3. Bd., München 1907.
Kohler, im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 91, S. 161 ff.
Krech, Die Rechte an Grundstücken, Berlin 1889 (in Bekkers u. Fichers Erläut. pp., 3.-18. Heft).
Kretzschmar, Sachenr. des BGB., Leipzig 1906.
— im Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit, Bd. 4, S. 195 ff.
Kuhlenbeck, 2. Aufl., 2. Bd., Berlin 1903.
— in v. Staudingers Komm. des BGB., Recht der Schuldverhältnisse, 3.—4. Aufl., München 1908.
Landsberg, BGB., 2. Hälfte, Berlin 1904.
— Jur. Monatsschrift f. Posen, 1905, S. 78 f.
Leske, BGB., 1. u. 2. Aufl., 1. Hälfte, Berlin 1900.
Lutz, Wesen und Geltendmachung des hypothekarischen Anspruchs, Schlettstadt 1906.
Männer, Das Sachenr. des BGB., 2. Aufl., München 1906.
Matthias, BGB., 4. Aufl., 2. Bd., Berlin 1900.

Meibom, Das Mecklenburg. Hypothekenr., Leipzig 1871.
— in den Jahrb. des gem. deutschen Rechts von Bekker und Muther, Bd. 4, S. 442 ff.
Meisner, Das Sachenr. des BGB., Breslau 1901.
Meyer Herbert, Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen, Jena 1903.
Mittelstein, Das Hypothekenr. des BGB., Hamburg 1898.
Müller u. Meikel, BGB., 2. Aufl., 1. Bd., München 1904.
Mugdan, Materialien z. BGB., Bd. 3, Berlin 1899.
Neumann, BGB., 3. Aufl., 1. Bd., Berlin 1903.
— Jahrb. des deutschen Rechts, 1.—6. Jahrg.
Nissen, in Jur. Wochenschrift, 1906, S. 803 ff.
Nowrath, Die akzessorische Natur der Hypothek des BGB., Greifswald 1904.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchr., 3. Aufl., 1. Bd., Berlin 1904.
— in Gruchots Beitr., Bd. 47, S. 306 ff.
— in Gruchots Beitr., Bd. 50, S. 551 ff.
— in deutscher Notarztg., 1907, S. 465 ff.; Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 60, S. 547 f.
Pappenheim, in Krit. Vierteljahrsschrift, 3. Folge, Bd. 6, S. 513 ff.
Peters, Das Verhältnis der Hypothek zur hypothekarisch gesicherten Forderung im BGB., Borna-Leipzig 1907.
Planck, BGB., 3. Aufl., 3. Bd., Berlin 1906.
Predari, Grundbuchordnung, Berlin 1907.
Puntschart, Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts, Gratz 1900.
— Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächs. Rechts im Mittelalter, Leipzig 1896.
— in Krit. Vierteljahrsschrift, 3. Folge, Bd. 11, 3. Heft, S. 63 ff.
Rosenthal, Ist die Hypothek ein akzessorisches Recht? Marburg 1906.
v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, Jena 1899.
— in der allgem. österr. Gerichtsztg., 53. Jahrg., No. 13, S. 106 ff.
Schott, in Jherings Jahrb., Bd. 15, S. 1 ff.
Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.
— in Iherings Jahrb., Bd. 50, S. 55 ff.
Sohm, in Grünhuts Zeitschrift für Privatr. u. öffentl. Recht, 5. Bd., S. 1 ff.
Sommer, Begriff und rechtliche Natur der Grundschuld des BGB., Nordhausen 1907.
Staub, im Arch. f. bürg. Recht. 5. Bd., S. 36 ff.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatr., 3. Aufl., 2. Bd., 2. Halbband, Berlin 1897.
Strecker, Die allgem. Vorschriften über Rechte an Grundstücken, Berlin 1898.
Trobitzsch, Die analoge Anwendung der hypothekenrechtlichen Vorschriften auf die Grundschuld, Borna-Leipzig 1907.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, 3. Aufl., 1. Bd. (Sachenr.), Paderborn 1906.
Wendt, in Jherings Jahrb., Bd. 29, S. 85 ff.
Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des BGB. pp., Berlin 1904, (Ausg. f. Preußen).
Windscheid-Kipp, Pandekten, 9. Aufl., 1. Bd., Frankfurt a. M. 1906.

b) Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

1. Motive.
1. Protokolle zweiter Lesung.
3. Denkschrift.

Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt dem Verkehr eine große Zahl von Rechtsformen des Immobiliarkredits zur Verfügung: Die Sicherungshypothek (und als deren Abart die Höchstbetragshypothek), die Verkehrshypothek als Briefhypothek oder Buchhypothek, die gewöhnliche Grundschuld, ebenfalls mit den zwei Formen der Brief- und Buchgrundschuld (die Briefgrundschuld mit den zwei Unterarten der Namen- und Inhabergrundschuld) und die Rentenschuld als Brief- und Buchrentenschuld. Daneben sind noch durch das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch landesgesetzliche Rechtsformen (Revenüenhypothek, Pfandrechte an der Bahneinheit, landschaftliche Beleihung)[1] aufrecht erhalten.

Bei der Ähnlichkeit, welche die einzelnen Formen aufweisen, kann es wohl nicht zweifelhaft sein, daß eine einfachere Gestaltung des Immobiliarkreditrechts im Interesse eines klaren, übersichtlichen Rechtszustandes gelegen hätte.

Was insbesondere die Schaffung einer zur Selbständigkeit neigenden Hypothek (der Verkehrshypothek) neben einer durchaus selbständigen Belastungsform (Grundschuld) und der streng akzessorischen Sicherungshypothek anlangt, so hätte, wie von Mitgliedern der Mehrheit der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs selbst ausgeführt wurde,[2] die Beseitigung der Zwischenformen der Verkehrshypothek (Buch- und Briefverkehrshypothek) auch den natürlichen Abschluß der geschichtlichen Entwicklung gebildet, welche von der streng

---

[1] EG. z. BGB. Art. 112, 60; 192 Abs. 2, 167.

[2] Prot. II, S. 4310 (Mugdan, Materialien zum BGB., Bd. 3, Berlin 1899, S. 791).

akzessorischen Hypothek zu einer den öffentlichen Glauben auf die Forderung erstreckenden Hypothek, sodann zur Verknüpfung der Hypothek mit einer Urkunde, und schließlich zu einer an die Urkunde geknüpften selbständigen Belastung geführt habe.

Eine Vereinfachung, und zwar vielfach ebenfalls in der Richtung einer Beseitigung der Verkehrshypothek zugunsten der Grundschuld bezweckten auch die bei der Beratung des Entwurfs II gestellten Anträge,[1]) die unter anderm damit begründet wurden, daß von einer Vielheit der Formen Verwirrung zu befürchten sei.[2])

Wenn die Kommission für die zweite Lesung dennoch eine Vielheit von Formen geschaffen hat, so ist der Grund hierfür in praktischen Erwägungen zu suchen.

Man zog die Verschiedenheit der vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches in Geltung gewesenen Landesgesetze und die Mannigfaltigkeit der Verkehrsbedürfnisse in Betracht. Während beispielsweise in Mecklenburg, Hamburg, auch in Neuvorpommern und Lübeck die Grundschuld eingebürgert war, bediente sich der Verkehr in Württemberg wegen des dortigen zersplitterten Grundbesitzes der Hypothek, weil bei dieser auch ohne eine besondere Vereinbarung eine persönliche Haftung gewährleistet ist. Auch in Preußen wurde die Briefhypothek namentlich von den Hypothekenbanken vor der Grundschuld bevorzugt.[3])

In besonderen Fällen wird die Hypothek allgemein im Verkehr vor der Grundschuld bevorzugt, wenn z. B. der Wert eines Grundstücks dem Gläubiger zunächst nicht genügende Sicherheit bietet, später aber steigt.[4]) Die Kommission war der Ansicht, die Gesetzgebung müsse es vor allem vermeiden, „die bisher vorhandene Geneigtheit des Kapitals zur Befriedigung des Kreditbedürfnisses des Grundbesitzes, wenn auch nur für eine Übergangszeit, zu vermindern oder gar zu vernichten“.[5])

---

[1]) Prot. II, S. 4298—4310 (Mugdan S. 787ff.).
[2]) Prot. II, S. 4303 (Mugdan S. 789).
[3]) Prot. II, S. 4313 (Mugdan S. 792).
[4]) Prot. II, S. 4313 (Mugdan S. 792).
[5]) Prot. II, S. 4310 (Mugdan S. 791).

Ferner empfahl sich die Beibehaltung der bisher landesgesetzlich vorhandenen Formen des Immobiliarkredits mit Rücksicht auf die Überleitung des neuen Rechts auf die bereits bestehenden Grundstücksbelastungen. Wollte man die Geltung des neuen Rechts nicht zu lange hinausschieben, so mußte dafür Sorge getragen werden, daß es auch auf die bestehenden Realkreditrechte angewendet werden könne. Eine solche Anwendung wäre aber nicht ohne Beeinträchtigung der bestehenden Rechtsverhältnisse möglich gewesen, wenn nicht die landesgesetzlichen Formen zum größten Teile rezipiert worden wären. (Vgl. Art. 192, 195 EG. z. BGB.)[1] „Nur durch die Vielheit war die Einheit zu erreichen", wie Hachenburg zutreffend bemerkt,[2] und der Gesamtcharakter des Bürgerlichen Gesetzbuchs, eine Kodifikation[3] des bisher in Geltung gewesenen Landesrechts zu sein, ist auf dem Gebiete des Immobiliarkreditrechts besonders deutlich zum Ausdruck gekommen.

Daß das Bürgerliche Gesetzbuch infolge dieser Regelung neben der akzessorischen Sicherungshypothek die Grundschuld und die Verkehrshypothek geschaffen hat, erscheint vorzugsweise bemerkenswert, weil die Verwandtschaft, welche, wie oben erwähnt, zwischen den einzelnen Arten von Immobiliarkreditrechten besteht, bezüglich der Grundschuld und der Verkehrshypothek eine besonders große ist, und die Unterschiede zwischen diesen beiden Belastungsformen im Gesetz weniger hervortreten, als zwischen den übrigen Formen des Immobiliarkredits. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch begnügt sich mit wenigen besonderen Bestimmungen über die Grundschuld und statuiert im übrigen, daß die Vorschriften über die Hypothek insoweit auf die Grundschuld Anwendung finden sollen, als sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.

Von einer Aufzählung der hiernach auf die Grundschuld anwendbaren Vorschriften sieht das Bürgerliche Gesetzbuch

---

[1] Hachenburg, Beiträge S. 57 ff.

[2] A. a. O. S. 57.

[3] Vgl. den Bericht der Vorkommission für das BGB. vom 15. April 1874.

ab, „da der Gesetzgeber darauf vertrauen könne, daß die Praxis seine Absicht erkennen und das Richtige finden werde.“ [1])

Es ist indessen nicht ohne weiteres ersichtlich, welche Bestimmungen im einzelnen auf die Grundschuld anzuwenden sind, und da, wie schon erwähnt, die Zahl eigener Bestimmungen über die Grundschuld gering ist, so gehen die Ansichten über die Unterschiede zwischen der Verkehrshypothek und der Grundschuld nicht unerheblich auseinander. Die Feststellung der Unterschiede zwischen der Verkehrshypothek und der Grundschuld dürfte daher theoretisches und praktisches Interesse haben. Die Rentenschuld, welche vom Bürgerlichen Gesetzbuch als Abart der Grundschuld gestaltet ist, kann dabei außer Betracht bleiben.

§ 1.

Unterschiede im Rechtsinhalt.

Die Hypothek[2]) ist ein Pfandrecht im römischrechtlichen Sinne, d. h. ein im wesentlichen akzessorisches Pfandrecht; die Grundschuld ist ein eigenartiges dingliches (Grundkredit-) Recht, das weder akzessorisch ist, noch Pfandrechtscharakter besitzt.

Die Theorie der Realobligation, die sogenannten Werttheorien und die Theorie von Schuld und Haftung führen nicht zu einer zutreffenden Erfassung des Gegensatzes von Hypothek und Grundschuld und sind für die Konstruktion dieser beiden Rechte nicht zu verwerten.

Diese lebhaft bestrittenen Sätze sind im Folgenden zu erweisen.

Schon vor Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs war die rechtliche Natur von Hypothek und Grundschuld, insbesondere auch die Akzessorietät der ersteren, in hohem Grade streitig; dieser Streit, der namentlich auch die Theorie des preußischen Rechts beschäftigt hat, setzt sich für das Bürgerliche Gesetzbuch fort, und es zeigt sich, daß die Theorien,

---

[1]) Mot. S. 781 (Mugdan S. 436).

[2]) Hier und im folgenden bezeichnen wir mit „Hypothek“, soweit das BGB. in Frage kommt, der Kürze halber die Verkehrshypothek, da wir die Sicherungshypothek nicht behandeln.

die jetzt im Bürgerlichen Gesetzbuch für die Konstruktion von Hypothek und Grundschuld benutzt werden, sämtlich, mit Ausnahme der Theorie von Schuld und Haftung, auch schon, zum Teil allerdings nur in ihren Grundgedanken,[1]) für das frühere Recht[2]) zur Konstruktion von Hypothek und Grundschuld aufgestellt worden sind.

A. Die Theorie von Schuld und Haftung.

Die Theorie von Schuld und Haftung möge an erster Stelle behandelt werden, da ihre Darstellung das Verständnis der später zu erörternden Theorien, welche zum Teil von ihr beeinflußt worden sind oder Anklänge an sie enthalten, nicht unerheblich fördert.

Am nachdrücklichsten versucht Puntschart[3]) für die Konstruktion der Grundschuld des heutigen Reichsrechts die Grundbegriffe des deutschen Obligationenrechts, „Schuld“ und „Haftung“, zur Geltung zu bringen. Er hatte bereits früher in seinem Werke: „Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter“[4]) auf Grund sächsischer Rechtsquellen, vorzüglich aus dem 13. und 14. Jahrhundert, nachgewiesen, daß jedenfalls für das sächsische Rechtsgebiet das Obligationenrecht von den Grundbegriffen „Schuld und Haftung“ beherrscht ist, und für das altschwedische und westnordische (norwegisch-isländische Recht) hatte schon vor Puntschart v. Amira[5]) diesen Nachweis erbracht. Aus dem Umstande, daß Puntschart und v. Amira bei ihren Untersuchungen im wesentlichen zu übereinstimmenden[6]) Ergebnissen gelangt sind, wird man schließen können, daß diese Untersuchungen,

---

[1]) Vgl. z. B. bezüglich der Werttheorien Bremer, Hypothek und Grundschuld. Göttingen 1869.

[2]) Wir beschränken uns aber bei Erörterung der verschiedenen Theorien auf die Literatur des BGB.; nur ausnahmsweise wird zum besseren Verständnis ältere Literatur kurz behandelt.

[3]) In seinem Werke: „Der Grundschuldbegriff im deutschen Reichsrecht“. Graz 1900.

[4]) Leipzig 1896.

[5]) Nordgermanisches Obligationenrecht, 1. u. 2. Bd., Leipzig 1882, 1895.

[6]) Vgl. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis, S. 115.

wenn sie auch nur auf Teile des großen deutschen Rechtsgebietes beschränkt sind, soweit die Begriffe von Schuld und Haftung in Betracht kommen, auch für die übrigen Teile Geltung haben.[1])

Nach Puntschart u. a. ist die „Schuld" von der „Haftung" scharf zu scheiden.

Die „Schuld" ist nach ihnen ein Leistensollen ohne rechtliche Erzwingbarkeit; sie kann nur einer Person obliegen und steht der „Haftung" gegenüber, welche das Einstehen für den Fall bedeutet, daß die Schuld nicht oder nicht entsprechend erfüllt wird, und welche sowohl eine Person wie eine Sache ergreifen kann.

Die Haftung bestehe aber stets wegen einer Schuld oder im Hinblick auf eine Schuld[2]) und wird von Puntschart auch als „Obligation" bezeichnet, indem er sich hierbei an die Ausdrucksweise deutschrechtlicher, lateinisch geschriebener Quellen anschließt, welche unter „obligatio" nach Puntschart[3]) eben diese Haftung verstanden haben. Demgemäß spricht er von obligatio rei oder Realobligation als der Sachhaftung (im Gegensatz zur Personenhaftung).[4]) Der Ausdruck „Obligation" wird also von Puntschart in einem wesentlich anderen Sinne gebraucht als in der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre.

Hervorgehoben[5]) wird von ihm noch, daß unter persönlicher Haftung im Sinne des deutschen Rechts nicht eine Haftung des Vermögens der Person, keine Generalhypothek, sondern eine Haftung der Person als des Trägers ihrer wirtschaftlichen Kraft zu verstehen sei.

Nach diesen Ausführungen Puntscharts ist also gewissermaßen der Obligationsbegriff der herrschenden gemeinrecht-

---

[1]) Vgl. außer Puntschart und v. Amira auch Egger, Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht, Breslau 1903; Meyer, Herbert, Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen, Jena 1903; v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, Jena 1899, insbesondere S. 7 ff.

[2]) Grundschuldbegriff S. 13 ff.

[3]) Schuldvertrag und Treugelöbnis S. 109 f., 115.

[4]) Grundschuldbegriff S. 85. Vgl. auch v. Schwind a. a. O., S. 165; Bruck, Die Eigentumshypothek, Jena 1903, S. 111, 127 ff.

[5]) Grundschuldbegriff S. 14.

lichen Lehre, welcher das Leistensollen und die Haftung in sich vereinigt, in zwei Elemente zerlegt.

Von diesen deutschrechtlichen Begriffen ausgehend, faßt Puntschart die Grundschuld als ein zusammengesetztes Rechtsgebilde auf, welches aus zwei Elementen, der Schuld und der Haftung, bestehe.[1])

Diese „Schuld" in der Grundschuld hat nun aber nach ihm das Besondere, daß von einem persönlichen Schuldner abgesehen werde, die Grundschuld werde formell von einem bloßen Zahler geleistet, das Grundschuldrecht kümmere sich nicht darum, wer schulde;[2]) diese künstliche Gestaltung der „Schuld" in der Grundschuld stelle das Neue im Bürgerlichen Gesetzbuch gegenüber dem Schuldbegriffe des altdeutschen Rechts dar[3]) und begründe gleichzeitig einen Unterschied zur Hypothek, bei welcher Schuldgrund und Person des Schuldners in gewöhnlicher Weise in Betracht kämen.[4])

Die Auffassung des Gesetzes, daß die Grundschuld von einer ihr zugrunde liegenden Forderung unabhängig sei, daß sie keine solche voraussetze und selbständig sei, sei für das juristische Verständnis des Grundschuldproblems geradezu verhängnisvoll geworden.[5])

In allen für das Verständnis des Wesens der Grundschuld bedeutungsvollen Fällen bestehe eine Schuld;[6]) wo sie nicht bestehe, müsse sie fingiert werden.[7]) Auch bei der Grundschuld müsse juristisch ein Pfandrecht angenommen werden, da ihr sicherungsrechtlicher Teil (gemeint ist das Element der Haftung) Pfandrechtscharakter habe[8]), und da weiterhin jedes Pfandrecht akzessorisch sei, sei auch das Element der Haftung bei der Grundschuld akzessorisch; das Element der Schuld sei natürlich nicht akzessorisch.[9])

Im Gegensatz zur Grundschuld hält Puntschart die Hypothek für ein (akzessorisches) Pfandrecht im gemeinrechtlichen Sinne.[10])

Es ist ohne weiteres klar, daß Puntschart bei dieser Konstruktion der Grundschuld sich als Gegner des herrschenden

---

[1]) a. a. O. S. 112. [2]) a. a. O. S. 113. [3]) a. a. O. S. 110.
[4]) a. a. O. S. 115. [5]) a. a. O. S. 62. [6]) a. a. O. S. 67 ff.
[7]) a. a. O. S. 66 f., 117. [8]) a. a. O. S. 73 f. [9]) a. a. O. S. 81 f.
[10]) a. a. O. S. 19, Anm. 5, S. 112.

gemeinrechtlichen Obligationsbegriffs bekennen muß. Ihm ist die Grundschuld der Hebel, mit dem sich das „Fundament des modernen deutschen Obligationenrechts aus den Angeln heben läßt“.[1])

Er will dem sicherungsrechtlichen Teil der Grundschuld (dem Element der Haftung), wie schon erwähnt, im Pfandrecht, diesem aber wiederum in einem Obligationenrecht, „gedacht als Recht der Schulden und Haftungen“ einen Platz einräumen.[2])

Indessen stellt Puntschart diesen Grundschuldbegriff selbst nur de lege ferenda auf.[3])

Nach der aus dem System des Gesetzes zu entnehmenden Auffassung sei die Grundschuld ein namenloses dingliches Recht,[4]) nicht Pfandrecht, und nicht akzessorisch.[5])

Aus praktischen Gründen, namentlich um die Grundschuld möglichst verkehrsfähig zu gestalten, habe das Gesetz nämlich aus dem Rahmen des Grundschuldinstitutes überhaupt ein persönliches Forderungs- und Verpflichtungsverhältnis grundsätzlich ausgeschaltet[6]) und berücksichtige dasselbe nicht. Da jedoch andererseits auch nach dem Gesetz obligationenrechtliches in das Grundschuldrecht hineinspiele,[7]) müsse nach der Auffassung des Gesetzes die persönliche Leistung im Grundstück stecken, und dieses nicht bloß Objekt der Befriedigung, sondern auch Träger der Schuld sein.[8])

Auch für v. Schwind sind Leistensollen und Sachhaftung die Elemente der Grundschuld.[9])

Der Inhalt der Grundschuld ist nach ihm dahin zu bestimmen: Durch dieselbe werde ein Grundstück in der Weise belastet, daß der jeweilige Eigentümer bestimmte Leistungen schulde, daß aber hierfür, und zwar unbekümmert um jeden Wechsel im Eigentum, also unbedingt, aber ausschließlich das belastete Gut, keine Person und kein anderweites Vermögen hafte. Die Grundschuld sei ein Beispiel von Schuld-

---

[1]) a. a. O. S. 119, S. 9 ff. [2]) a. a. O. S. 74.
[3]) a. a. O. S. 9 ff., insbesondere S. 12; S. 16 ff., insbesondere S. 34.
[4]) a. a. O. S. 74. [5]) a. a. O. S. 25 ff. [6]) a. a. O. S. 33 f., 27.
[7]) a. a. O. S. 30 ff. [8]) a. a. O. S. 33 f. vgl. auch S. 69.
[9]) a. a. O. S. 136.

verhältnissen des modernen Rechts, für welches keine persönliche, sondern ausschließlich reine Sachhaftung bestehe.[1])

Den begrifflichen Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld findet v. Schwind darin, daß diese Sachhaftung bei der letzteren primär und selbständig sei, bei der ersteren aber gedankenmäßig akzessorisch zu einer persönlichen Haftung hinzutrete.[2])

Die Hypothek sei im Gegensatz zur Grundschuld akzessorisch.[3])

Die Annahme einer Schuld bei ersterer hält v. Schwind nur in den Fällen für notwendig, in denen die Hypothek infolge der publica fides des Grundbuchs ihren akzessorischen Charakter abgestreift habe. In den sonstigen Fällen ließen sich allerdings die Bestimmungen über die Hypothek bei Annahme einer Schuld leichter erklären.

Insoweit aber eine Schuld des Eigentümers bei der Hypothek angenommen werde, sei sie genau so akzessorisch zur Hauptschuld wie die Sachhaftung.[4])

Bei der Grundschuld müßte man, wenn man nicht ein Leistensollen im deutschrechtlichen Sinne annehme, wenigstens eine Naturalobligation des Grundstückeigentümers oder etwas ähnliches konstruieren.[5])

Pfandrechtscharakter legt v. Schwind, ebenso wie Puntschart, nicht bloß der Hypothek, sondern auch der Grundschuld bei, indem er das Wesen des Pfandrechts, welches nach einer theoretisch tiefer begründeten Unterscheidung ins Obligationenrecht zu stellen sei,[6]) darin erblickt, daß das Pfandgut verstrickt, rechtlich gebunden sei, für eine Schuld einzustehen habe, Sachhaftung (= rei obligatio) bedeute.[7])

In diesem Sinne nennt v. Schwind Hypothek und Grundschuld Haftungsrechte.[8])

Zum Teil ist die Theorie von Schuld und Haftung bezüglich Hypothek und Grundschuld auch von Dernburg akzeptiert worden.

---

[1]) a. a. O. S. 132, vgl. auch S. 13. [2]) a. a. O. S. 138.
[3]) a. a. O. S. 136 f., 107, 109, 112, 124. [4]) a. a. O. S. 142.
[5]) a. a. O. S. 131. [6]) a. a. O. S. 199 ff. [7]) a. a. O. S. 165, 168, 197.
[8]) a. a. O. S. 102 ff.

Indem er das Pfandrecht als die Befugnis definiert,[1]) wonach ein Vermögensrecht für eine Schuld (im deutschrechtlichen Sinne) verhaftet ist, um ihrer Befriedigung zu dienen, und indem er sowohl bei der Hypothek wie bei der Grundschuld eine solche Schuld annimmt, hält er diese beiden Rechte durch das pfandrechtliche Moment nicht für unterschieden, findet vielmehr den Gegensatz darin, daß bei der Grundschuld bloße Sachhaftung, bei der Hypothek Sachhaftung mit einer persönlichen Forderung (Personenhaftung) vorhanden sei, welche vom Bürgerlichen Gesetzbuch fingiert werde, wo sie fehle.[2])

Mit Rücksicht auf diese Fiktion des Gesetzes bezeichnet Dernburg die Hypothek als akzessorisch dem juristischen Aufbau nach, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch auch der Sache nach die Akzessorietät der Hypothek aufgegeben habe.[3])

Insofern er aber die Grundschuld als (abstrakte, selbstständige) Summenbelastung und als rein dingliches Recht definiert,[4]) weicht seine Ansicht doch nicht unerheblich von der Puntscharts und v. Schwinds ab, welche in der Grundschuld eine reine Schuld mit Sachhaftung sehen und sie ins Obligationenrecht stellen.

Die Auffassungen Puntscharts und v. Schwinds werden im wesentlichen von Bruck,[5]) Hanson,[6]) Peters,[7]) Trobitzsch[8]) und Sommer[9]) geteilt, und zwar verwerten die Genannten außer Sommer sämtlich die Theorie von Schuld und Haftung auch zur Erklärung der rechtlichen Natur der Hypothek.[10])

---

[1]) Sachenrecht des BGB., 4. Aufl., Halle 1908, S. 680.

[2]) a. a. O. S. 689. [3]) a. a. O. S. 736.

[4]) a. a. O. S. 821, 688. [5]) a. a. O. S. 111 f., 127 f., 144 f.

[6]) „Die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld." Borna-Leipzig 1908, S. 65 ff.

[7]) „Das Verhältnis der Hypothek zur hypothekarisch gesicherten Forderung im BGB." Borna-Leipzig 1907, S. 15 ff.

[8]) „Die analoge Anwendung der hypothekenrechtlichen Vorschriften auf die Grundschuld." Borna-Leipzig 1907, S. 19 ff.

[9]) „Begriff und rechtliche Natur der Grundschuld des BGB." Nordhausen 1907, S. 54 ff.

[10]) Dagegen rechnen wir Gierke mit Siber (in Iherings Jahrb. Bd. 50, S. 136) zu den Vertretern der Theorie der Realobligation, auf

Starke Anklänge an die Theorie von Schuld und Haftung enthalten auch die Ausführungen von Wendt,[1]) die sich zwar zunächst auf den Entwurf I des Bürgerlichen Gesetzbuchs beziehen, sinngemäß aber auch für dieses selbst gelten.

Sie sind auch dadurch bemerkenswert, daß Wendt so extrem wie kein anderer Autor einen irgendwie erheblichen Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld leugnet.

Er führt aus, daß bei der Grundschuld obligatorische und dingliche Bestandteile nebeneinander lägen;[2]) auch die Grundschuld könne ohne eine Obligation nicht gedacht werden.

Der begriffliche Gegensatz zwischen ihr und der Hypothek stehe nur auf dem Papier, wurzle nicht im Leben und führe im Entwurf nur ein Scheindasein.[3]) Die Wissenschaft sei durch Schaffung der Grundschuld nur um ein neues Wort, einen neuen Begriff und ein neues Dogma bereichert, der ganze Titel über die Grundschuld sei entbehrlich.[4])

Denn die Grundschuld sei eben so akzessorisch wie die Hypothek (da sie eben ohne Obligation nicht gedacht werden könne), andrerseits aber sei sie z. B. bezüglich der Einwendungen gegen die dingliche Klage nicht selbständiger als die Hypothek. Der ganze Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld beschränke sich darauf, daß bei Eintragung der Grundschuld die Forderung nicht im Grundbuch eingeschrieben werde, und daß dem Grundbuchrichter gegenüber über diese nichts verlautbart zu werden brauchte.[5]) Auch nach ihm ist die Grundschuld ein Pfandrecht.[6])

Für eine weitgehende Verwertung der Begriffe von Schuld und Haftung im modernen bürgerlichen Recht tritt Isay[7]) in die Schranken.

Er versucht nachzuweisen, daß „Schuld" und „Haftung" in vielen Fällen auch im modernen Recht, insbesondere im

---

welche seine Theorie trotz scheinbarer Gegensätzlichkeit (Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Bd., Leipzig 1905, S. 712, Anm. 40) hinauskommt. Daher erörtern wir die Ausführungen Gierkes später.

[1]) In Iherings Jahrb., Bd. 29. [2]) a. a. O. S. 99.

[3]) a. a. O. S. 101. [4]) a. a. O. S. 105 f. [5]) a. a. O. S. 101 ff.

[6]) a. a. O. S. 99. [7]) In Iherings Jahrb. Bd. 48, S. 187 ff.

Bürgerlichen Gesetzbuch selbständige Existenz hätten, obwohl grundsätzlich nach modernrechtlicher Auffassuung das Schuldverhältnis die Haftung in sich schließe, daß also auch im modernen Recht Schuld ohne Haftung, und diese ohne[1]) Schuld bestehen könne; daß ferner vielfach Schuld und Haftung, wo sie zusammen beständen, bezüglich des Subjekts, des Umfanges oder des Inhalts unterschieden seien.[3])

Isays Ergebnisse divergieren aber erheblich von denen Puntscharts, von Schwinds u. a.

Er unterscheidet zwar auch persönliche und Sachhaftung, er bestimmt aber als Inhalt der Sachhaftung den Anspruch des Gläubigers auf den durch die haftende Sache ermittelten Schadensersatz wegen Nichterfüllung, und zwar auf Schadensersatz in Geld.[3])

Die persönliche Haftung sei im modernen Recht gegenüber dem älteren deutschen Rechte abgeschwächt. Sie bedeute nicht mehr Einstehen der Person als des Trägers ihrer wirtschaftlichen Kraft, sondern lediglich Einstehen mit dem Vermögen. Der Haftende sei nicht zum Naturalersatz schlechthin, sondern nur zum Ersatz aus seinem Vermögen, in der Regel also zum Geldersatz verpflichtet (während der Inhalt der Schuld auf eine Individualleistung, ein Dulden oder Unterlassen gehen könne); Inhalt der Haftpflicht sei also Schadloshaltung.[4])

Nur in besonderen Fällen (wenn Schuld- und Haftungsverhältnis dasselbe Subjekt hätten, und der Inhalt des Schuldverhältnisses auf eine Individualleistung, ein Dulden oder Unterlassen gehen), bedeute nach modernem Recht die persönliche Haftung Zwang gegen die Person (vermittels §§ 888 ff. ZPO.); aber diese Art der persönlichen Haftung sei eine

---

[1]) Allerdings wird von Isay hervorgehoben, daß die Haftung nicht als Selbstzweck ohne Schuld bestehe, die Haftung werde stets im Hinblick auf eine Schuld begründet, das Schuldverhältnis brauche aber nicht gleichzeitig zu bestehen, z. B. bei der Bürgschaft für ein zukünftiges Schuldverhältnis.

[2]) a. a. O. S. 192 bis 202.

[3]) a. a. O. S. 198.

[4]) a. a. O. S. 199 ff.

von dem älteren deutschen Recht völlig verschiedene Bildung, bedeute nicht, wie nach diesem, Einstehen mit der wirtschaftlichen Kraft.[1])

Als Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld stellt Isay fest,[2]) daß erstere Sachhaftung mit persönlicher Haftung, letztere bloß Sachhaftung sei.

Eine zukünftige Gesetzgebung werde vielleicht Hypothek und Grundschuld und die anderen Haftungsrechte aus dem Sachenrecht herausnehmen und in ein besonderes Recht der Haftungen stellen.[3])

Der herrschende Dinglichkeitsbegriff wird auch von Isay bekämpft.[4]) [5])

Auch für Isay ist die Grundschuld (als Haftungsrecht) ein Pfandrecht.[6])

Die Annahme einer Schuld bei der Grundschuld wird von Isay[7]) nicht geteilt, ebenso nicht von Hellmann[8]) und Pappenheim,[9]) [10]) bei der Grundschuld bestehe vielmehr Sachhaftung ohne Schuld.

Was nun zunächst die Theorie von Schuld und Haftung im allgemeinen (ohne besondere Beziehung auf die Konstruktion von Hypothek und Grundschuld) anbetrifft, so kann nicht anerkannt werden, daß den Begriffen von Schuld und Haftung für das geltende Recht, insbesondere das Bürgerliche Gesetzbuch, noch Bedeutung zukommt. Das wird namentlich von Siber[11])

---

[1]) a. a. O. S. 200 bis 202. [2]) a. a. O. S. 195.

[3]) a. a. O. S. 206. [4]) a. a. O. S. 208.

[5]) Für Verwertung der Theorie von Schuld und Haftung für das moderne Recht, ohne spezielle Bezugnahme auf Hypothek und Grundschuld, übrigens auch Kuhlenbeck in v. Staudingers Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl., München 1908, S. 2 f.

[6]) a. a. O. S. 195. [7]) a. a. O.

[8]) In Krit. Vierteljahrsschrift, 3. Folge, Bd. 8, S. 72 ff.

[9]) In Krit. Vierteljahrsschrift, 3. Folge, Bd. 6, S. 519 f.

[10]) Hellmann kann übrigens nicht schlechthin als Anhänger der Konstruktion der Grundschuld als Haftungsrecht bezeichnet werden; vgl. a. a. O. S. 72 die Worte: „... hätte es sich hier vielleicht doch verlohnt, zu zeigen ...“

[11]) „Rechtszwang im Schuldverhältnis“, Leipzig 1903, und in Iherings Jahrb. Bd. 50, S. 55 ff.

und von Kohler[1]) (vgl. auch Predari)[2]) überzeugend dargetan.

Allerdings kennt das Bürgerliche Gesetzbuch Fälle,[3]) in denen ein Leistensollen im deutschrechtlichen Sinne vorliegt (also ein klagbares, erzwingbares Recht auf eine Leistung nicht gegeben ist), z. B., wenn der Schuldner eine Lösungsbefugnis, und diese vereinbarungsgemäß den Zweck hat, den Schuldner zur Leistung des in solutione befindlichen Gegenstandes zu bewegen.[4]) Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht aber dann nicht von Schuldverhältnissen, nicht von Gläubiger und Schuldner,[5]) und allgemeine Vorschriften über das Leistensollen enthält das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Nach § 241 BGB. ist der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, und damit ist grundsätzlich ausgesprochen, daß das Moment der Erzwingbarkeit zur Schuld gehört. In den Fällen der sogenannten Naturalobligationen (z. B. §§ 762, 656 BGB.), welche von Isay,[6]) Puntschart[7]) u. a. als Fälle eines bloßen Leistensollens (einer Schuld ohne Haftung) angeführt werden, liegt überhaupt nicht ein rechtliches Leistensollen, sondern nur ein Leistensollen kraft der Sitte, des Anstandes, der Sittlichkeit vor.

Nach alledem ist der germanistische Schuldbegriff (Begriff des Leistensollens) seiner praktischen Bedeutung für das Bürgerliche Gesetzbuch entkleidet.[8])

Klage- und Vollstreckungsmacht des Gläubigers gehören nach modernem Recht zur „Schuld", der Begriff der „Haftung" ist in den Begriff der Schuld mitaufgegangen.[9]) Das ist ein Ergebnis einer naturgemäßen geschichtlichen Entwicklung.

Das ältere deutsche Recht hatte noch, wie ältere Rechte überhaupt, ein wenig ausgebildetes Vollstreckungsrecht, und hieraus ergab sich die Notwendigkeit, die Erfüllung der

[1]) Archiv für zivil. Praxis, Bd. 91, S. 172 ff.
[2]) Die Grundbuchordnung. Berlin 1907, S. 216, 218.
[3]) Vgl. im einzelnen Siber, Rechtszwang usw., S. 18 ff.
[4]) Siber, Rechtszwang, S. 67. [5]) Siber, Rechtszwang, S. 18.
[6]) a. a. O. S. 191. [7]) Grundschuldbegriff, S. 80.
[8]) Siber, Rechtszwang, S. 68 f.
[9]) Siber in Iherings Jahrb. a. a. O. S. 85, 63, 88.

Schuld (im deutschrechtlichen Sinne) durch pfandartige Verstrickung einer Person oder Sache (Personen- und Sachhaftung im deutschrechtlichen Sinne) zu sichern. Mit der steigenden Ausbildung und Verfeinerung des Vollstreckungsrechts erstarkte der Begriff der Schuld, während umgekehrt das Verwendungsgebiet der Haftung sich immer mehr verengerte.[1])

Eine Folge des mangelhaften Vollstreckungsrechts des älteren deutschen Rechts war es zum Teil wohl auch, worauf in diesem Zusammenhange hingewiesen werden mag, daß das ältere deutsche Recht neben der Leistungspflicht des Schuldners eine nebenhergehende Pflicht des Haltensollens seines Versprechens kannte; hiernach durfte der Schuldner auch auf Umwegen nicht das tun, was dem Zwecke seines Versprechens zuwiderlief.[2])

Ebensowenig wie diese Pflicht des Haltensollens noch für das moderne Recht Bedeutung hat,[3]) hat auch der Begriff der Haftung für das moderne Recht neben der „Schuld" eine selbständige Bedeutung.

Wenn man zu ermitteln versucht, was das geltende Recht, insbesondere das Bürgerliche Gesetzbuch unter „Haften" versteht, so ergibt sich, daß dieser Ausdruck in ganz verschiedenem Sinne gebraucht wird. Bald bedeutet er z. B. Ersatzleistung (§§ 459, 460 BGB.), bald auch Erfüllung (§ 1907 BGB).[4])

Ein technischer Ausdruck ist „Haften" oder „Haftung" für das Bürgerliche Gesetzbuch überhaupt nicht.[5])

Erkennt man für das Bürgerliche Gesetzbuch überhaupt noch einen Begriff der Haftung an, so würde darunter mit Siber[6]) [7])

---

[1]) Vgl. Siber in Iherings Jahrb. a. a. O. S. 121, 89 ff.

[2]) Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis, S. 74 ff.; vgl. auch Kohler, a. a. O. S. 177.

[3]) Vgl. Kohler a. a. O. [4]) Siber, Rechtszwang, S. 181.

[5]) Siber in Iherings Jahrb. a. a. O. S. 165.

[6]) a. a. O. S. 164, letzter Absatz, und S. 165 erster Absatz, S. 86, 119, 121 ff.

[7]) Siber a. a. O. S. 164, Abs. 1 u. 2 stellt außerdem noch einen weiteren Haftungsbegriff auf; er merkt aber selbst, daß dieser weitere Haftungsbegriff ein zu gemeinsamen Folgerungen wenig brauchbarer und verflüchtigter sein würde.

die Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung einer primären Schuld zu verstehen sein, z. B. wo diese unmöglich ist oder als unmöglich behandelt wird (vgl. z. B. §§ 283, 326 BGB.), nicht aber sind Hypothek und Grundschuld Haftungsrechte.[1])

Aber selbst diese Fälle einer (Personen-) Haftung im Bürgerlichen Gesetzbuch („Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer primären Schuld") können ebensogut als Schulden im modernrechtlichen Sinne, also als klagbares Leistensollen aufgefaßt werden, und zwar als eventuelle Schulden.[2])

In den zahlreichen Fällen, in denen nach Isay im modernen Recht die Haftung selbständige Existenz haben, Haftung ohne Schuld bestehen soll, liegen[3]) in Wahrheit nicht „Haftungen" im deutschrechtlichen Sinne vor.

Insbesondere ist auch bei der Bürgschaft nicht eine (Personen-) Haftung im deutschrechtlichen Sinne vorhanden, wie Isay[4]) und Puntschart[5]) annehmen, sondern der Bürge schuldet auch, obgleich nur eventuell (die Hauptleistung). Es handelt sich also um eine eventuell klagbare Verbindlichkeit.[6])

Der Begriff der Personenhaftung, den Puntschart, v. Schwind u. a. aufstellen, entspricht auch aus anderen Gründen, als den bereits geltend gemachten, nicht dem modernen Rechte. Eine Haftung mit Leib und Leben, eine pfandartige Verstrickung der Person gibt es nicht mehr. Der Zwang, den der Gläubiger ausüben darf, richtet sich grundsätzlich gegen das Vermögen des Schuldners, gegen die Person nur in einigen bestimmten Fällen (§ 888 ZPO.), aber hier nur gegen den Willen der Person uud nicht gegen diese als den Träger einer wirtschaftlichen Kraft[7]).

---

[1]) Siber a. a. O. S. 163.

[2]) Siber a. a. O. S. 172, 121 f.

[3]) Wie Siber (a. a. O. S. 103 ff., insbes. S. 119, ferner S. 63) mit zutreffenden Gründen anführt.

[4]) a. a. O. S. 194.

[5]) Grundschuldbegriff S. 23.

[6]) Kohler a. a. O. S. 181.

[7]) Das wird mit Recht von Isay (a. a. O. S. 201) im Gegensatz zu Puntschart und v. Schwind betont (vgl. auch Kohler a. a. O. S. 173 ff.).

Sind somit die Begriffe von Schuld und Haftung nach unseren Ausführungen für das geltende Recht im allgemeinen nicht zu verwerten, so kann auch weiterhin ihre spezielle Verwertung zur Konstruktion der Grundschuld bzw. auch der Hypothek nicht gebilligt werden. Denn dadurch würde der dem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrunde liegende einheitliche Obligationsbegriff in mehrere gespalten werden.[1]) Zu einer solchen Konstruktion dürfte man sich daher nur entschließen, wenn durchaus zwingende Gründe für ihre Annahme vorhanden wären, und eine andere befriedigende Erklärung der rechtlichen Natur der beiden Rechte nicht möglich wäre.

Puntschart[2]) behauptet nun allerdings: „Klar kann das Grundschuldproblem nur dann erfaßt werden, wenn man es im Lichte der Grundbegriffe des altdeutschen Obligationenrechts betrachtet."

Diese Behauptung ist indessen nicht zutreffend; wir werden nachweisen, daß sich die Grundschuld und Hypothek auch anderweitig befriedigend konstruieren lassen, und die Gründe, welche die Konstruktion der beiden Rechte vermittels der Theorie von Schuld und Haftung rechtfertigen sollen, sind nicht stichhaltig.

Es werden eine ganze Anzahl von Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung von Puntschart u. a. zum Beweise für das Vorhandensein einer Schuld bei der Grundschuld angeführt.

Gemäß §§ 1191, 1194 usw. BGB. werde bei ihr „geleistet" und „gezahlt"; gemäß §§ 1177, 1192, 1194 usw. BGB. finde eine „Verzinsung" statt, das Kapital werde nach der „Kündigung" „fällig" (§ 1193 BGB.), der Grundschuldberechtigte werde als „Gläubiger" bezeichnet (§§ 1193, 1197, 1200 usw. BGB.), er werde ferner „befriedigt" (§§ 1133, 1197 usw. BGB.).[3])

Alle diese Bestimmungen rechtfertigen indessen die Annahme einer Schuld bei der Grundschuld bzw. Hypothek nicht.

---

[1]) Siber in Iherings Jahrb. a. a. O. S. 139.

[2]) Grundschuldbegriff S. 13.

[3]) Puntschart, Grundschuldbegriff S. 30 ff.; Hanson a. a. O. S. 65; Sommer a. a. O. 43 f.; Trobitzsch a. a. O. S. 14.

Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch von dem „Gläubiger“ bei der Grundschuld spricht, so versteht es darunter mit der Zivilprozeßordnung und dem Zwangsversteigerungsgesetz denjenigen, gegen den sich das Vollstreckungsverfahren richtet.[1]) Genauer wäre freilich der Ausdruck „Grundschuldberechtigter“ gewesen. Aber gerade auf dem Gebiete des Hypotheken- und Grundschuldrechts findet sich, was gegenüber allen oben angeführten Bestimmungen hervorgehoben werden muß, eine Terminologie im Bürgerlichen Gesetzbuch, die zweifellos ungenau ist und einen Rückschluß auf die materielle Rechtslage nicht zuläßt.

So lautet beispielsweise die Überschrift zum 8. Abschnitt des Sachenrechts „Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld“, obwohl doch die Rentenschuld materiellrechtlich nur eine Unterart der Grundschuld ist, ihre besondere Anführung in der Überschrift also unlogisch und überflüssig ist.

Im § 1163 BGB. ist davon die Rede, daß die „Hypothek“ dem Eigentümer zusteht, während es sich in Wahrheit um eine (Eigentümer-) Grundschuld handelt (§ 1177 BGB.). Ausführlich über die letztere Terminologie später.

Daß das Bürgerliche Gesetzbuch von „zahlen“ bei der Grundschuld spricht, ist unrichtig; es spricht von „zahlen aus dem «Grundstück»“ (vgl. §§ 1191, 1199, 1201, 1202 BGB.),[2]) und in dieser Verbindung ist der Ausdruck „zahlen“ anders zu verstehen, wie im Obligationenrecht. Er bezieht sich auf das Stadium der Zwangsvollstreckung und hätte besser „entrichten“ gelautet.[3])

Daß eine Verzinsung bei der Grundschuld stattfindet, widerspricht nicht dem rein dinglichen Charakter derselben, ebensowenig, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch von einem „leisten“ bei der Grundschuld die Rede ist.

Beide Umstände erklären sich aus der Ähnlichkeit, welche

---

[1]) Endemann, BGB., 8. u. 9. Aufl., 2. Bd., 1. Abt., Berlin 1905, S. 884, Anm. 1.

[2]) Im § 1194 ist „aus dem Grundstück“ dem Sinne nach zu ergänzen, wie sich aus dem Zusammenhange mit den im Text erwähnten Bestimmungen ergibt.

[3]) Vgl. Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I, Berlin 1902, Vorbem. 6a zum 8. Abschn.

die Grundschuld mit einem Schuldverhältnis hat, zur Annahme einer Schuld nötigen sie nicht.[1]) In diesem Sinne bemerken auch die Motive[2]) zu der Zulassung der Verzinsung der Grundschuld: „Vielleicht folgt schon aus der Ähnlichkeit, welche zwischen dem Rechtsverhältnisse aus einer Grundschuld und einem Schuldverhältnisse besteht, ohne weiteres die entsprechende Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die persönliche Schuld auf das Grundschuldverhältnis".

Es ist auch nicht einzusehen, warum nicht auch ein rein dingliches Recht verzinslich sein soll, und welchen Ausdruck hätte das Bürgerliche Gesetzbuch für das „Leisten" verwenden sollen, wenn es unbestritten wäre und außer Zweifel stünde, daß der Grundschuld eine Schuld im deutschrechtlichen Sinne nicht zugrunde liegt?

Ganz Ähnliches gilt für die termini „Befriedigung" und „befriedigen", die übrigens wie der Ausdruck „zahlen" zum Teil in Verbindung mit den Worten „aus dem Grundstück" (§ 1133 BGB., Art. 60, EG. z. BGB.) oder „Zwangsvollstreckung" (§ 1197 BGB.) gebraucht werden.

Auch die Vorschriften über die Kündigung, Fälligkeit und den Verzug des Eigentümers (§ 1146 BGB.), ferner die §§ 592, 688, 794[5], 857 ZPO., 1080, 1291 BGB., welche ebenfalls von Puntschart[3]), Hanson,[4]) Sommer,[5]) Trobitzsch[6]) herangezogen werden, erklären sich aus der oben erwähnten Ähnlichkeit und aus wirtschaftlichen Bedürfnissen.[7]) Daß sie für einen „schuldrechtlichen Einschlag", um diesen Ausdruck Puntscharts[8]) zu gebrauchen, sprechen, ist zuzugeben; gegenüber den weit überwiegend gegen die Theorie von Schuld und Haftung sprechenden Gründen ist diesen Vorschriften jedoch eine entscheidende Bedeutung nicht beizulegen.

Bezüglich der erwähnten Vorschriften der Zivilprozeßordnung ist auch zu beachten, daß nach ihnen der Anspruch

---

[1]) Vgl. Planck, BGB., Bd. III, 3. Aufl., Berlin 1906, Vorbem. III zum 8. Abschn., der dasselbe wie wir gegen das entsprechend für die Annahme einer Realobligation geltend gemachte Argument anführt.

[2]) III., S. 780 (Mugdan, S. 435). [3]) Grundschuldbegriff, S. 30 f.

[4]) a. a. O. S. 65. [5]) a. a. O. S. 43 f. [6]) a. a. O. S. 14 f.

[7]) Planck a. a. O. u. v. Schwind a. a. O., S. 141 f.; vgl. auch Endemann a. a. O, S. 884, Anm. 7. [8]) Grundschuldbegriff S. 74.

aus einer Hypothek oder Grundschuld nur als ein Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat, gilt.[1])

Es handelt sich hierbei um eine gesetzliche Fiktion, welche dem Gläubiger die Rechtsverfolgung in einem vereinfachten und verbilligten Verfahren ermöglichen soll.

Nur ein Mißverständnis ist es, wenn Puntschart[2]) und mit ihm Trobitzsch[3]) die §§ 1047, 2168 BGB. für ihre Auffassung zitieren. Nach letzterer Bestimmung ist, wenn mehrere Nachlaßgrundstücke mit einer Gesamtgrundschuld belastet sind, der Vermächtnisnehmer zur teilweisen Befriedigung verpflichtet, aber doch nicht aus der Grundschuld und dem Gläubiger, sondern den Erben gegenüber. Eine Schuld aus der Grundschuld liegt also nicht vor, desgleichen nicht im Falle der ersteren Bestimmung; denn der Nießbraucher ist nur dem Eigentümer zur Zinstragung aus dem Nießbrauch verpflichtet.[4])

Das Wort Grundschuld beweist für das Vorhandensein[5]) einer Schuld ebenfalls nichts. Denn die Ausdrücke wandeln ihre Bedeutung im Laufe der Jahrhunderte, und zudem kann „Schuld" einen andern Sinn dadurch gewinnen, daß es in Verbindung mit „Grund" gebracht wird.

In zweiter Linie werden Gründe, die auf wirtschaftlichen Erwägungen beruhen, für die Annahme einer Schuld geltend gemacht.[6])

Nach dem Hergang des gewöhnlichen Lebens äußere sich der rechtliche Inhalt der Grundschuld nicht in der Zwangsvollstreckung in das Grundstück, sondern in regelmäßigen Zahlungen des Grundstückeigentümers. Daß durch möglichst lange Zeiten vom Grundeigentümer diese Zahlungen geleistet würden, dazu würden verzinsliche Grundschulden begründet.

---

[1]) Lutz, Wesen und Geltendmachung des hypothekarischen Anspruchs, Schlettstadt 1906, S. 26, und die dort zit. Entsch. des Oberlandesgerichts Marienwerder.

[2]) a. a. O. S. 32. [3]) a. a. O.

[4]) Endemann a. a. O., Siber, Rechtszwang, S. 201, Anm. 1.

[5]) Puntschart a. a. O. S. 30, 74, v. Schwind a. a. O. S. 106.

[6]) v. Schwind a. a. O. S. 105, 129 f., Hanson a. a. O. S. 65, Peters a. a. O. S. 15.

Nur wenn ausnahmsweise Zahlung nicht erfolge, werde die Zwangsvollstreckung vom Gläubiger betrieben. Darin könne daher jedenfalls der wesentliche Inhalt der Grundschuld nicht gesehen werden.

Aber kann dieser Zweck, zu dem die Grundschuld nach v. Schwind u. a. ins Leben gerufen wird, nicht anders erreicht werden, als dadurch, daß man eine Schuld in deutschrechtlichem Sinne bei der Grundschuld konstruiert? Ist es denn nicht möglich, daß das Gesetz diesen Zweck auch dadurch zu erreichen sucht, daß es stets über den Eigentümer „das Damoklesschwert der Zwangsvollstreckung schweben läßt", wie sich v. Schwind ausdrückt?[1]) Es kommt auch sonst im Leben häufig vor, daß jemand sich auf Grund vernünftiger wirtschaftlicher Erwägungen zu einem Tun gezwungen sieht, ohne daß eine juristische Verpflichtung (eine „Schuld") vorliegt. Von Staub[2]) wird als Beispiel angeführt, daß häufig ein Hypothekengläubiger, dessen Recht durch eine schwebende Zwangsversteigerung gefährdet ist, den betreibenden Gläubiger auszahle, um die Versteigerung zu vermeiden. Hier ist ebenfalls ein rechtliches Leistensollen des Gläubigers nicht vorhanden.

Von v. Schwind und andern wird der wirtschaftliche Zweck mit dem rechtlichen Inhalt eines Rechts verwechselt.[3])

Daß die Theorie von Schuld und Haftung für den Fall der Eigentümerlosigkeit des Grundstücks versagt, wie dieser Theorie vorgeworfen wird,[4]) halten wir nicht für zutreffend.

Denn einmal ist nach dieser Theorie wenigstens nach Puntschart[5]) [6]) nicht anzunehmen, daß der jeweilige Eigentümer schulde, sondern es wird von der Person des Schuldners abgesehen, die Grundschuld wird formell von einem bloßen Zahler geleistet, sodann würde bei Herrenlosigkeit des Grund-

[1]) a. a. O. S. 129.

[2]) Arch. f. bürg. Recht, Bd. V, S. 37; Staub nimmt allerdings für die Grundschuld des BGB. (anders für das preußische Recht) eine Realobligation an.

[3]) Vgl. hierzu Hellmann a. a. O. S. 72 f.

[4]) Hellmann a. a. O. S. 72, Pappenheim a. a. O. S. 520.

[5]) Grundschuldbegriff S. 113 u. Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 47, 3. Heft, S. 68.

[6]) Über die Widerlegung dieses Einwands Hellmanns und Pappenheims durch Gierke bei Erörterung von dessen Theorie, S. 45.

stücks zum mindesten eine eventuelle Schuld vorhanden sein, die entsteht, wenn das Grundstück wieder einem Eigentümer gehört.

Dagegen widerspricht die Annahme einer Schuld bei der Grundschuld, wie von Gierke[1] [2]) hervorgehoben wird, der geschichtlichen Entwicklung. Eine reine Schuld paßt für die mittelalterliche Satzung, nicht aber für den Rentenkauf; diesem und nicht der ersteren steht die Grundschuld des heutigen Rechts nahe.

Die Behauptung Puntscharts und v. Schwinds, daß das Pfandrecht in das Obligationenrecht zu stellen sei, beruht auf der Annahme, daß für das Bürgerliche Gesetzbuch die Haftungsrechte, zu denen das Pfandrecht nach Puntschart und andern gehört, noch eine Bedeutung haben, was wir oben widerlegt haben. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch ist das Pfandrecht schon wegen seiner Stellung im System des Gesetzes Sachenrecht.

Da Schuld und Haftung für das moderne Recht nicht verwertbar sind, wird auch durch die Darlegungen Puntscharts, v. Schwinds, Isays u. a. der herrschende Dinglichkeitsbegriff nicht erschüttert. Puntschart gibt auch selbst zu, daß nach Bürgerlichem Gesetzbuch an dem gemeinrechtlichen Dinglichkeitsbegriff festgehalten werde.[3])

Er konstruiert überhaupt, wie schon erwähnt und wie hier noch besonders hervorzuheben ist, die Grundschuld vermittels der Theorie von Schuld und Haftung nur de lege ferenda.

Wir haben seine Ausführungen de lege ferenda jedoch schon deshalb ebenfalls bekämpft, weil v. Schwind u. a. den von Puntschart aufgestellten Grundschuldbegriff auch de lege lata verteidigen.

Nach dem Gesetz ist, wie Puntschart darlegt, die Grundschuld ein namenloses dingliches Recht.

Verfehlt ist es nun, daß er, weil auch nach dem Gesetz obligationenrechtliches in das Grundschuldrecht hineinspiele,

---

[1]) a. a. O. S. 855, Anm. 19; vgl. auch Näheres über die geschichtliche Entwicklung daselbst S. 829 ff.

[2]) Gierke ist übrigens überhaupt Gegner der Theorie Puntscharts u. a., vgl. S. 857, Anm. 23.

[3]) Grundschuldbegriff S. 12.

den Schluß zieht, daß nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Schuld im Grundstück stecke, dieses Träger der Schuld sein müsse. Damit wird dem Bürgerlichen Gesetzbuch unterstellt, daß es die längst überwundene Auffassung von der Schuldnerschaft einer Sache vertrete. Daß dies tatsächlich geschehen ist, dafür bietet sich im Bürgerlichen Gesetzbuch kein Anhalt.

Puntschart bemerkt selbst, daß sich seine Konstruktion der Grundschuld von dem älteren deutschen Recht durch die künstliche Gestaltung des Schuldverhältnisses unterscheide. Diese Gestaltung des Schuldverhältnisses, wie sie sich nach der Theorie von Puntschart darstellt, ist in der Tat künstlich, und berücksichtigt man hierzu, daß nach Puntschart die Schuld in manchen Fällen zu fingieren ist, weil sie an sich nicht besteht, so erscheint es zweifelhaft, ob einem Gesetzgebungswerke mit der Aufnahme einer solchen durchaus nicht einfachen Rechtskonstruktion gedient wäre.

Erkennt man überhaupt die Haftungsrechte für das moderne Recht noch an, so halten wir es allerdings gegen Hellmann u. a. für konsequent und der geschichtlichen Entwicklung mehr entsprechend mit Puntschart, v. Schwind u. a. anzunehmen, daß die Haftung ohne Schuld nicht bestehen könne. Hierfür übrigens auch Gierke,[1]) der allerdings eine dingliche Schuld konstruiert. Näheres hierüber später.

B. Die Theorie der Realobligation.

Der Ausdruck Realobligation oder rei obligatio wird in sehr verschiedenen Bedeutungen in der Literatur gebraucht. Es wurde schon erwähnt,[2]) daß auch die Vertreter der Theorie von Schuld und Haftung von rei obligatio oder Realobligation sprechen und darunter Sachhaftung im Gegensatz zur Personenhaftung verstehen.

Zuerst hat Meibom[3]) die Theorie der Realobligation, und

---

[1]) a. a. O. S. 852. [2]) S. 6.

[3]) Das Mecklenburgische Hypothekenrecht, Leipzig 1871, Jahrb. des gem. Rechts von Bekker u. Muther, S. 442 ff.

zwar für das Hypothekenrecht des Mecklenburgischen Rechts näher entwickelt.[1])

Er führt aus,[2]) daß mit der Konstruktion der Mecklenburgischen Hypothek als Realobligation ein dreifaches ausgesprochen sei, erstens, daß die Person des Schuldners durch das Eigentum am Grundstück bestimmt werde, zweitens, daß der jeweilige Eigentümer Schuldner sei, indem die Verbindlichkeit als Eigentumsbelastung mit dem Eigentum auf jeden Universal- oder Singularrechtsnachfolger übergehe, drittens, daß der Eigentümer nur mit dem belasteten Grundstück, nicht persönlich mit seinem übrigen Vermögen für die Befriedigung des Gläubigers hafte.

Diese Realobligation rechnet Meibom zu den dinglichen Rechten, indem er hierbei einen von dem herrschenden gemeinrechtlichen Dinglichkeitsbegriff (welcher das Wesen des dinglichen Rechts in der unmittelbaren Herrschaft einer Person über eine Sache sieht,)[3]) abweichenden deutschrechtlichen Dinglichkeitsbegriff aufstellt.

Der Charakter des dinglichen Rechts sei nämlich nicht[4]) bloß denjenigen Rechten zuzuschreiben, welche eine unmittelbare Herrschaft über die Sache gewährten, sondern auch denjenigen, welche in dem Anspruch auf eine der Sache, d. h. dem Eigentümer der Sache als solchem obliegenden Leistung bestünden, so daß außer dem Eigentum zwei Klassen dinglicher Rechte zu unterscheiden seien: Eigentumsbeschränkungen oder jura in re im römischrechtlichen Sinne und Eigentumsbelastungen oder deutschrechtliche Reallasten.

Das Mecklenburgische Hypothekenrecht verschaffte dem Gläubiger nicht das Recht, die Sache zu verkaufen und über den Kaufpreis zu verfügen, da der Verkauf des Grundstücks nicht vom Hypothekengläubiger vermöge einer privatrechtlichen Befugnis, sondern vom Gericht vermöge obrigkeitlicher Gewalt vorgenommen werde.

---

[1]) Übrigens tauchte diese Theorie in Preußen im Jahre 1868 bei der Vorlegung des Gesetzentwurfes, der zur Schaffung des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes vom Jahre 1872 führte, auf; der Begriff der Realobligation wurde aber als „ganz nebelhaftes Gebilde" abgewiesen; vgl. Mecklenburgisches Hypothekenrecht von Meibom, S. 39, Anm. 13.

[2]) a. a. O. S. 39. [3]) Vgl. a. a. O. S. 35. [4]) a. a. O. S. 35 f.

Meiboms Theorie wird schon dadurch widerlegt, daß es einen besonderen deutschrechtlichen Begriff der Dinglichkeit nicht gibt.[1]) Der Begriff des dinglichen Rechts ist kein historischer, sondern ein logischer. Er ist vom positiven Recht unabhängig und weder ein deutschrechtlicher, noch ein römisch-rechtlicher, sondern ein wissenschaftlicher Begriff.[2])

Ferner ist dem Umstande, daß die Verwirklichung des Rechts der modernen Hypothek nicht von dem Berechtigten, sondern auf dessen Anrufen von einer Behörde vorgenommen wird, bei weitem nicht die Bedeutung beizumessen, welche ihm Meibom beilegt. Es ist eine reine Zweckmäßigkeitsfrage, ob der Gläubiger, wie nach römischem Recht, die Befugnis haben soll, selbst den Verkauf vorzunehmen, oder ob dieser durch eine Behörde vorgenommen werden soll. Diese Abweichung des modernen Rechts vom römischen Recht betrifft nicht die rechtliche Natur der Hypothek, sondern nur die Art und Weise ihrer Geltendmachung.[3])

Daher bezeichnet Hirsch[4]) die Vorschrift des öffentlichen Verkaufs als rechtspolizeiliche Zweckmäßigkeitsvorschrift. Auch bei dem Pfändungspfandrecht des römischen Rechts war der Gläubiger von der Befugnis des Selbstverkaufs ausgeschlossen, und wurde der Verkauf durch Beamte vorgenommen. Gleichwohl wird die Dinglichkeit des Pfändungspfandrechts (Dinglichkeit im römischrechtlichen Sinn) nicht bezweifelt.[5])

Eine ähnliche Auffassung wie die Meiboms über die rechtliche Natur der Mecklenburgischen Hypothek wird von vielen für das Bürgerliche Gesetzbuch bezüglich Hypothek und Grundschuld vertreten, die ausführlichste Begründung erfuhr sie durch Fuchs.[6]) Er präzisiert den Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld dahin, daß die Hypothek eine sicherstellende (akzessorische), modifizierte Realobligation, die Grundschuld eine Realobligation mit Selbstzweck sei. Die

---

[1]) So Sohm in Grünhuts Zeitschrift, Bd. V, S. 35 f.

[2]) Vgl. hierzu auch Puntschart, Grundschuldbegriff S. 95; Sommer a. a. O. S. 43.

[3]) Vgl. Mot. III, S. 603 (Mugdan S. 336); Planck a. a. O., Vorbem. z. Sachenr. S. 9; Wendt a. a. O. S. 85 ff.

[4]) im Arch. f. bürg. Recht, Bd. XXV, S. 224.

[5]) Vgl. hierzu Wendt a. a. O. S. 85. [6]) a. a. O.

Grundschuld sei der klassische Typus der Realobligationen, die Hypothek eine modifizierte Grundschuld.[1])

Unter „Realobligation" versteht Fuchs hierbei „eine Art beschränkter Haftung oder richtiger beschränkter Schuld"; die Belastung sei bei der Hypothek „absolute Leistungspflicht des Grundeigentümers", nicht bloße Duldungspflicht. Die Geldsumme sei eine Schuld des Eigentümers als solchen, in ihrem Umfange auf die Kräfte des Grundstücks beschränkt.[2]) Es kommt also bei Fuchs die Idee einer beschränkten Personenhaftung zur Geltung,[3]) und es liegt seinen Ausführungen eine von der herrschenden gemeinrechtlichen verschiedene Definition des Begriffs der Dinglichkeit zugrunde, welche Fuchs schon in einer früheren Schrift „Wesen der Dinglichkeit"[4]) aufgestellt hatte.

Die Realobligationen seien dingliche Rechte; denn ein positiver Leistungsinhalt widerspreche nicht[5]) den dinglichen Sachenrechten des Bürgerlichen Gesetzbuchs, gemeinsames Kriterium der dinglichen Rechte sei die Absolutheit des Klageschutzes gegen Jedermann, der zu der Sache in Beziehung trete, nicht aber die unmittelbare Herrschaft über eine Sache. Zwischen Sache und Person stehe kein Recht, keine unmittelbare Rechtsbeziehung.[6]) [7])

Ganz ähnlich auch Baehr.[8])

Die Hypothek sei ein dingliches Forderungsrecht, d. h. eine Forderung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks auf Befriedigung aus demselben. Darin liege ihre Dinglichkeit. Die dingliche Forderung unterscheide sich von der persön-

---

[1]) a. a. O. Vorbem. 4, 6, 7 z. 8. Abschn.

[2]) Vorbem. 3 z. 8. Abschn.

[3]) Vgl. Puntschart, Grundschuldbegriff S. 100.

[4]) Berlin 1889.

[5]) Vorbem. 3 z. 8. Abschn. a. a. O.

[6]) Vgl. die im Text erwähnte Schrift und S. 26—33 des Grundbuchrechts.

[7]) Im wesentlichen auf demselben Standpunkt wie Fuchs steht v. Flotow, „Die verschiedene Rechtsstellung des Eigentümers, der eine" usw., Borna-Leipzig 1903.

[8]) Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. XXX, S. 518 ff., auch im Arch. f. bürg. Recht, Bd. II, Heft II, S. 150 ff.

lichen Forderung bei der Hypothek nur dadurch, daß bei dieser Forderung der Schuldner nicht mit einer bestimmten Sache, sondern mit seinem jeweiligen Vermögen hafte. Die dingliche Forderung stehe bei der Hypothek neben der persönlichen Forderung, zu welcher sie hinzutrete.

Die Grundschuld sei dagegen eine rein dingliche Schuld.

Auch Baehr spricht von Hypothek und Grundschuld als rei obligationes.[1])

Nach Grützmann[2]) ist die Hypothek zwar ein dingliches Recht; diese Eigenschaft aber äußere sich vornehmlich Dritten gegenüber, in bezug auf den Eigentümer des Grundstücks sei sie hauptsächlich ein Geldanspruch. Das Wesen der Hypothek sei der Anspruch auf die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstücke, und zwar seien zwei Geldansprüche bei der Hypothek zu unterscheiden, nämlich erstens der schon genannte auf Zahlung aus dem Grundstücke und zweitens die Forderung, zu deren Befriedigung die Geldsumme aus dem Grundstücke zu bezahlen sei. Die Grundschuld[3]) sei dagegen eine Schuld (gemeint wohl von Grützmann eine dingliche Schuld), die ihren Rechtsgrund nicht nenne. Der Eigentümer des Grundstückes (Schuldner) hafte nur mit dem Grundstücke — also auch hier deutlich die Idee der beschränkten Personenhaftung —.

Auch von Willenbücher,[4]) ferner von Siber[5]) und Achilles-Strecker[6]) werden Hypothek und Grundschuld als Realobligationen bezeichnet.[7]) [8])

An der Akzessorietät der Hypothek als einem Unterscheidungsmerkmal zwischen ihr und der Grundschuld wird

---

[1]) Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 30, S. 519.

[2]) Sächs. Arch. f. bürg. Recht u. Prozeß, 8. Bd., 5. Heft, S. 258.

[3]) a. a. O. S. 262, 257.

[4]) „Liegenschaftsrecht und Grundbuchordnung", Berlin 1904 (Ausg. f. Preußen), Vorbem. 2 und 7 z. 8. Abschn.

[5]) Rechtszwang S. 200 ff., in Iherings Jahrb. Bd. 50, S. 136, 147.

[6]) Grundbuchordnung, 1. Teil, Berlin 1901, S. 60.

[7]) Letztere allerdings zweifelnd: es bestehe „höchstens eine sogen. Realobligation".

[8]) Über Willenbücher, soweit er auch Anhänger einer Werttheorie ist, später.

von den genannten Vertretern der Theorie der Realobligation teils festgehalten, so von Fuchs[1]) und Achilles-Strecker,[2]) teils wird die Hypothek für selbständig angesehen, so von Baehr,[3]) Grützmann,[4]) Willenbücher.[5]) Verschieden sind auch die Auffassungen über die Frage, ob der Grundschuld Pfandrechtscharakter zukommt.[6])

Bevor wir die Auffassungen der Theorie anderer Vertreter der Theorie der Realobligation erörtern, gehen wir auf eine Widerlegnng der bisher erwähnten ein, weil sich ihre Formulierungen der Begriffe von Hypothek und Grundschuld nicht unerheblich von denen der noch später zu erwähnenden Vertreter dieser Theorie unterscheiden. Die Argumente der letzteren Autoren verwenden wir indessen, soweit sie schon verständlich sind, bei der Widerlegung von Fuchs und anderen.

1. Es wird von den bisher erwähnten Verteidigern der Theorie der Realobligation auf die Begriffsbestimmungen der §§ 1113, 1191 BGB. hingewiesen und ausgeführt:[7])

Nach diesen seien Hypothek und Grundschuld als Rechte auf Zahlung definiert und auf den Charakter von Leistungsrechten abgestellt.

Wir haben indessen schon oben (vgl. S. 18) hervorgehoben, daß das Wort „zahlen“ in Verbindung mit den Worten „aus dem Grundstück“ gebraucht wird und dadurch einen andern Sinn erhält.

---

[1]) a. a. O. Vorbem. 7 z. 8. Abschn.

[2]) a. a. O.

[3]) Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 30, S. 519.

[4]) a. a. O. S. 273 f., „daß diese Summe“ (auf deren Bezahlung nach Grützmann der Anspruch des Hypothekengläubigers geht) „zur Befriedigung wegen einer Forderung zu verwenden ist, das betrifft nicht das Wesen der Hypothek, sondern nur ihren Zweck“. Von der akzessorischen Natur der Hypothek sei im BGB., abgesehen vom § 1153, der ein doktrinärer Satz sei, nichts vorhanden.

[5]) a. a. O. Vorbem. 2 z. 8. Abschn.

[6]) Für den Pfandrechtscharakter: Siber a. a. O., Achilles-Strecker a. a. O., Baehr im Arch. f. bürg. Recht, 2. Bd., 2. Heft, S. 151 f. Gegen den Pfandrechtscharakter von Grundschuld und Hypothek: Fuchs, Vorbem. 3 z. 8. Abschn., Willenbücher, Vorbem. 7 z. 8. Abschn.

[7]) Fuchs a. a. O., Vorbem. 5 z. 8. Abschn., Willenbücher a. a. O. Vorbem. 7 z. 8. Abschn., vgl. auch Grützmann a. a. O. S. 258.

Gegen die Heranziehung der Begriffsbestimmung der §§ 1113 und 1191 BGB. ist aber auch geltend zu machen, daß diese Vorschriften unklar und mangelhaft gefaßt sind.[1])

Gerade der Ausdruck „zahlen aus dem Grundstück" ist so unklar, daß er überhaupt nur im Zusammenhang mit § 1147 BGB., den wir gleich näher besprechen werden, und im Zusammenhang mit andern Bestimmungen richtig verständlich ist; und als Mangel der Definition der zitierten Paragraphen fällt insbesondere auf, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nicht zum Ausdruck gebracht hat, daß bei der Grundschuld das dingliche Recht von der Forderung unabhängiger gestaltet ist, als bei der Hypothek. Diese größere Unabhängigkeit wird in der Literatur allgemein auch von denen anerkannt, welche die Hypothek nicht für akzessorisch halten.

Auch der Passus „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung" ist sehr unbestimmt.

Es kommt hinzu, daß die Kommission für die zweite Lesung (d. h. die Mehrheit derselben) bei der Annahme des zur Beratung über die Begriffsbestimmung der Hypothek gestellten Antrags 3, welcher im wesentlichen dem § 1113 BGB. zugrunde liegt, ausdrücklich bemerkte, durch die Annahme dieses Antrags solle der rechtlichen Konstruktion der Hypothek nicht vorgegriffen werden,[2]) und daß die Kommission bei der Beratung über den § 1140[I] (1146 BGB.) ausführte:[3]) „Die Redaktionskommission werde darauf Bedacht nehmen müssen, eine Fassung zu wählen, welche die Frage nach der rechtlichen Natur der Grundschuld offen lasse".

Sie wollte also eine klare Definition nicht geben, und daher sind die Begriffsbestimmungen der §§ 1113 und 1191, für sich allein betrachtet, ohne Wert.

Die Äußerungen der Kommission für die zweite Lesung bezüglich der rechtlichen Natur von Hypothek und Grund-

---

[1]) Vgl. Leonhard in Ecks Vortr. über das BGB., 2. Bd., 1. u. 2. Aufl., Berlin 1904, S. 252, Anm. 4; v. Schwind a. a. O. S. 103 ff.; Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht, 2. Bd., 3. Aufl., 2. Halbbd. Berlin 1897.

[2]) Prot. II, S. 4359 (Mugdan S. 597).

[3]) Prot. II, S. 4720 (Mugdan S. 902).

schuld sind übrigens auch widerspruchsvoll und unbestimmt. So heißt es beispielsweise:[1])

„Daß die Hypothek als ein rein dingliches Recht aufzufassen sei, könne indessen als ein Beweisgrund nicht angesehen werden, sondern sei eine petitio principii. Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus nehme die Hypothek jedenfalls eine von den übrigen dinglichen Rechten abweichende Stellung ein . . . . . die Kommission habe sich auch wesentlich der Auffassung **genähert,** nach welcher die Hypothek unter dem Gesichtspunkt der Realobligation zu betrachten sei."

An anderer[2]) Stelle aber: „Der Umstand, daß die Kommission, einer Anregung des preußischen Justizministers folgend, beschlossen habe, den §§ 555, 628, 702 ZPO.[3]) einen Zusatz zu geben, wonach ein Anspruch aus einer Hypothek oder Grundschuld im Sinne dieser Vorschriften als Geldforderung gelte, gebe auch ohne einen besonderen Zusatz der Auslegung die Direktive, daß im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Anspruch aus einer Hypothek oder Grundschuld eine Geldforderung nicht sei, da es sonst der singulären Vorschriften der Zivilprozeßordnung nicht bedurft hätte."

Bei der Beratung über den § 1142[I] (1146) wurde erwogen:[4])

„Der Eigentümer eines mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks sei nicht persönlich zur Zahlung der Grundschuldsumme verpflichtet; **soweit** man überhaupt von einer Verpflichtung des Eigentümers reden könne, bestehe jedenfalls keine Verpflichtung im Sinne des Obligationenrechts. Seien mithin die Vorschriften des Obligationenrechts über Verzug nicht ohne weiteres auf die Grundschuld anwendbar, so würde es zweifelhaft sein, ob der Eigentümer im Falle des Verzugs zur Entrichtung von Verzugszinsen verpflichtet sei. Da Einigkeit in der Kommission herrsche, daß eine solche Verpflichtung bestehen solle, so sei es richtiger, dies im Gesetze auszusprechen, als sich darauf zu verlassen, daß die Praxis im Wege der Analogie zu dem gleichen Ergebnisse

---

[1]) Prot. II, S. 4446 (Mugdan S. 821).
[2]) Prot. II, S. 6063 (Mugdan S. 819).
[3]) jetzt §§ 592, 688, 794 ZPO.
[4]) Prot. II, S. 7419 f. (Mugdan S. 902).

gelangen werde. Die Redaktionskommission werde“ usw. wie S. 29 zitiert.

Verfehlt ist es mithin auch, wenn die Äußerungen der Protokolle bezüglich der rechtlichen Natur von Hypothek und Grundschuld von verschiedenen Autoren zur Begründung ihrer Ansicht herangezogen werden.

Die Motive lehnen die Theorie der Realobligation in unzweideutiger Weise ab.[1])

Die §§ 1113, 1191 BGB. sind ein getreuer Ausdruck der in den Protokollen ausgesprochenen Absicht der Kommission, nur eine scheinbare Definition von Hypothek und Grundschuld aufzustellen, und durch diese Bestimmungen werden die Begriffe von Hypothek und Grundschuld verhüllt und verdunkelt, nicht aber klargestellt.

Im eigentlichen Sinne zahlt jemand aus einem Grundstücke, wenn er Sand, Steine, Häuser u. dgl. auf Abbruch leistet;[2]) der Eigentümer ist aber auf Grund der Hypothek oder Grundschuld nicht bloß nicht zu solchen Leistungen verpflichtet, sondern er ist, wie ebenfalls unstreitig ist, nicht einmal verpflichtet, mit Geldmitteln zu zahlen, die er sich durch das Grundstück verschafft hat.[3]) Die Worte „zahlen aus dem Grundstück“, welche aus § 42 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes stammen, sind mithin ein Wortbild, und zwar ein recht unglückliches.[4])

Richtig kann es nur im Zusammenhang mit § 1147 BGB. erfaßt werden, dessen Bedeutung für die rechtliche Natur von Hypothek und Grundschuld nicht unterschätzt werden darf.

Hier wird bestimmt, daß die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück (und den Gegenständen, auf welche sich die Hypothek erstreckt) im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt.

Daraus ist ersichtlich, daß der eigentliche Inhalt des hypothekarischen Rechts darin besteht, daß sich der Eigentümer die Verwertung des Grundstücks durch gerichtliche

---

[1]) Vgl. z. B. Mot. S. 676 (Mugdan a. a. O. 377), S. 700 (Mugdan a. a. O. 391), S. 780 (Mugdan a. a. O. 435), S. 791 (Mugdan a. a. O. 441).

[2]) Leonhard a. a. O.

[3]) v. Schwind a. a. O. S. 103 ff.; Stobbe-Lehmann a. a. O. S. 263.

[4]) Leonhard a. a. O.

Versteigerung gefallen lassen muß, nicht aber folgt aus § 1147 BGB., daß der Eigentümer eine Verpflichtung zur Zahlung habe. Es ist allerdings Fuchs[1]) darin beizustimmen, daß die Fassung dieses Paragraphen nicht korrekt ist; nachdem das BGB. in den §§ 1113, 1191 die Hypothek bzw. Grundschuld als ein Recht auf Zahlung (aus dem Grundstück) und nicht, wie im Entwurf I (§ 1062) als ein Recht auf Befriedigung (aus dem Grundstück) definiert hatte, hätte man erwarten dürfen, daß es im § 1147 bestimmt hätte, nicht, wie die Befriedigung, sondern die Zahlung aus dem Grundstück erfolgen solle. Insofern ist § 1147 eine etwas unvollkommene Erläuterung des in den §§ 1113, 1191 gebrauchten Ausdrucks „zahlen aus dem Grundstück“ und enthält eine Reminiszenz an § 1062[1].

Fuchs[2]) gibt auch selbst zu, daß nach §§ 1147 BGB. an sich der Inhalt des hypothekarischen Rechts darin gesehen werden könnte, daß der Eigentümer sich die Verwertung des Grundstücks durch gerichtliche Versteigerung gefallen lassen müsse. Er hält dies aber deshalb für unmöglich, weil damit der Hypothek und der Grundschuld der Charakter von Pfandrechten beigelegt wäre. Warum aber soll die Hypothek des modernen Rechts nicht für ein Pfandrecht, wie weit überwiegend in der Literatur angenommen wird und früher angenommen wurde, gehalten werden? Es wäre doch erst noch von Fuchs zu beweisen, daß die Hypothek ein Pfandrecht nicht ist.

Die von Fuchs abgelehnte Auffassung des § 1147 BGB. würde aber auch garnicht zur Folge haben, daß man Hypothek und Grundschuld für Pfandrechte ansehen müßte. Für die Grundschuld kommt man bei dieser Auffassung des § 1147 BGB. zu dem Ergebnisse, daß sie ein eigenartiges dingliches Recht und jedenfalls nicht eine Realobligation ist, für die Hypothek folgt aber nur in Verbindung mit den Worten „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung“ und mit anderen noch zu erörternden Bestimmungen, welche ihre Akzessorietät beweisen, aus § 1147 BGB., daß sie ein Pfandrecht ist.

---

[1]) a. a. O. Vorbem. 5 z. 8. Abschn.
[2]) a. a. O. Vorbem. 5 z. 8. Abschn.

Von Fuchs wird zum Beweise, daß die Hypothek ein Pfandrecht nicht sei, auf ihre Stellung im Systeme und auf den Umstand hingewiesen, daß § 1113 BGB. eine Zahlungspflicht des Eigentümers statuiere. Eine Zahlungspflicht schlechthin ist aber in den § 1113 BGB. nicht aufgenommen, und welche Stellung Hypothek und Grundschuld im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs einnehmen, ist sehr zweifelhaft; aus den einzelnen Bestimmungen sind die Begriffe dieser beiden Rechte herzuleiten, und hierbei verdient § 1147 BGB. mehr Beachtung als die unklaren §§ 1113, 1191.

Fuchs[1]) führt dafür, daß die Stellung im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegen die Pfandrechtsnatur von Hypothek und Grundschuld spreche, an, daß das Bürgerliche Gesetzbuch diese beiden Rechte von dem Pfandrecht an beweglichen Sachen völlig losgelöst und als Belastungen sui generis zwischen die selbständigen (prinzipalen) Belastungen und das akzessorische Pfandrecht eingefügt habe, während der erste Entwurf im Gegensatz hierzu den über das Pfandrecht an beweglichen Sachen sowie über Hypothek und Grundschuld handelnden Abschnitt mit „Pfandrecht und Grundschuld" überschrieben und in drei Unterabschnitte geteilt habe, nämlich „Pfandrecht an Grundstücken (Hypothek) — Grundschuld — Pfandrecht an beweglichen Sachen (Faustpfandrecht)."

Dieser Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber dem ersten Entwurfe ist jedoch kein Gewicht beizulegen, wenn man in Erwägung zieht, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, wie oben eingehend dargelegt, zu der Frage der rechtlichen Natur von Hypothek und Grundschuld nicht Stellung nehmen wollte. Daraus, daß es die Hypothek nicht ausdrücklich unter das Pfandrecht untergeordnet und als solches nicht bezeichnet hat, kann daher nicht gefolgert werden, daß sie ein Pfandrecht nicht sei.

Fuchs nimmt in der Anmerkung zu § 1147[2]) an, daß diese Bestimmung nur die Form der Befriedigung regele, z. B. den freihändigen Verkauf ausschließe, nicht aber den Begriff von Hypothek und Grundschuld erläutere. Eine derartige ein-

[1]) a. a. O. Vorbem. 5a z. 8. Abschn. [2]) Anm. 1c zu § 1147.

schränkende Auslegung ist indessen nicht begründet. Fuchs gibt seine eigene Annahme auf, indem er an anderer Stelle[1]) bemerkt, das Bürgerliche Gesetzbuch habe durch den Inhalt des § 1147 den gemeinrechtlichen Dinglichkeitsbegriff retten wollen, den es durch die Aufstellung einer Zahlungspflicht des Eigentümers in den §§ 1113, 1191 objektiv aufgegeben habe.

Hiernach ist also in § 1147 nicht bloß die Form der Befriedigung geregelt, sondern auch der Begriff von Hypothek und Grundschuld erläutert!

2.[2]) Auch für die Theorie der Realobligation wird, wie für die der Schuld und Haftung, geltend gemacht,[3]) daß die Auffassung, der Eigentümer habe nur eine facultas alternativa zur Zahlung, nicht den Verkehrsanschauungen entspreche.

Gegen dieses Argument gilt Entsprechendes wie oben.

3. Grützmann[4]) sucht die Verneinung einer Zahlungspflicht des Eigentümers mit Folgendem ad absurdum zu führen:

Nehme man eine solche nicht an, so müßte der klagende Hypothekengläubiger, wenn der beklagte Eigentümer auf den Antrag des Klägers hin, ihn (den Eigentümer) zur Duldung der Zwangsvollstreckung zu verurteilen, anerkenne, zur Tragung der Prozeßkosten verurteilt werden. Das sei aber unbillig, man müsse daher eine Zahlungspflicht des Eigentümers annehmen, um diese Verurteilung unmöglich zu machen.

Diese Folgerung ist jedoch nicht zu ziehen. Der beklagte Eigentümer ist auch bei Anerkennung zur Tragung der Prozeßkosten zu verurteilen, wenn er nicht auch dem Kläger einen vollstreckbaren Titel (vollstreckbare Urkunde gemäß § 794[5] ZPO.) verschafft.[5])

Ob der Eigentümer zu dieser Verschaffung verpflichtet ist, ist allerdings bestritten. Nimmt man aber eine solche Pflicht zur Verschaffung nicht an, so wäre doch der Eigentümer bei

---

[1]) Vorbem. 5c z. 8. Abschn. [2]) Punkt 1, vgl. S. 28.

[3]) Crome, BGB., 3. Bd., Tübingen 1905, S. 644, Anm. 41; Grützmann a. a. O. S. 260; Staub a. a. O. S. 37 ff., 41 f.

[4]) a. a. O. S. 260.

[5]) Vgl. z. B. Biermann, Sachenr. des BGB., 2. Aufl., Berlin 1903, Anm. 4 zu § 1147; Fuchs a. a. O. Anm. 6 zu § 1113; Willenbücher a. a. O. Vorbem. 7 zum 8. Abschnitt und die dort Angef.

Anerkennung auf Antrag des Gläubigers zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück auch wegen der Kosten des Prozesses zu dulden (§ 10 ZVG., § 1118 BGB.), wenn auch der Gläubiger in die Kosten des Prozesses zu verurteilen wäre,[1]) so daß dem Erfordernis der Billigkeit Rechnung getragen ist.

4. Man beruft sich[2]) weiter zur Begründung der Theorie der Realobligation auf § 1137 BGB.

Fuchs führt hierbei aus: Die meisten deutschen Landesgesetze hätten nicht hervorgehoben, daß der Eigentümer die Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse (gegenüber der Klage des Hypothekengläubigers) habe, weil ihnen dies mit Rücksicht auf die Natur der Hypothek, als eines akzessorischen Pfandrechts, selbstverständlich gewesen sei. Indem nun das Bürgerliche Gesetzbuch eine ausdrückliche Bestimmung hierüber im § 1137 treffe, bringe es zum Ausdruck, daß die Hypothek ein (akzessorisches) Pfandrecht nicht sei, sondern vielmehr eine (akzessorische) Realobligation.

Auch hiergegen ist nur darauf hinzuweisen, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch eine klare Äußerung über die Pfandrechtsnatur und die Akzessorietät der Hypothek wie über die rechtliche Natur der Hypothek überhaupt fehlt, und daß sich daher das Bürgerliche Gesetzbuch nicht darauf verlassen konnte, daß die Praxis die Zulässigkeit der erwähnten Einreden für selbstverständlich halten würde. Aus diesem Grunde ist eine ausdrückliche diesbezügliche Vorschrift aufgenommen worden, aus der aber nur auf die Natur der Hypothek als eines akzessorischen Pfandrechts geschlossen werden kann, die aber nicht als Argument gegen die Pfandrechtsnatur benützt werden kann.

5. Daß sich gemäß den §§ 1163, 1177 BGB. die Hypothek in eine Grundschuld verwandle, bezeichnet Fuchs[3]) als vollwertigen Beweis für seine Theorie. Wenn beispielsweise die Forderung bei der Hypothek erlösche, sei dies bezüglich des

---

[1]) Vgl. Planck a. a. O. Anm. 2d zu § 1147.

[2]) Fuchs a. a. O. Anm. 1 zu § 1137; Achilles-Strecker a. a. O. S. 60, Anm. 3; Crome a. a. O. S. 644, Anm. 41.

[3]) a. a. O. Vorbem. 4b zu den §§ 1163—1177.

dinglichen Rechts nicht der Fall, sondern dasselbe kehre in seine primäre Erscheinungsform, in die Gattung der Realobligation zurück, deren Abart es sei, weil und solange es akzessorisch sei; es werde zur Grundschuld, dem klassischen Typus der Realobligationen. Wenn man aber die Hypothek als Pfandrecht ansehe, sei die Umwandlung unerklärlich.

Es ist aber garnicht einzusehen, weshalb die Umwandlung nicht erklärlich sein soll, wenn man der Hypothek Pfandrechtscharakter beilegt. Weshalb soll das Gesetz nicht die Umwandlung eines Pfandrechts in ein anderes Recht vorschreiben können?

6. Dagegen ist zuzugeben, daß die §§ 1141, 1146, 1160 BGB. und 592, 688, 794[5] ZPO. für die Theorie der Realobligation sprechen (vgl. auch oben S. 19).

Nach § 1141 BGB. insbesondere ist, wenn die Fälligkeit der Hypothekenforderung von einer Kündigung abhängt, die Kündigung für die Hypothek nur wirksam, wenn sie von dem Gläubiger dem Eigentümer oder von diesem dem Gläubiger erklärt wird.

Ferner spricht für diese Theorie der Umstand, daß, wenn der Eigentümer den Hypothekengläubiger befriedigt, dieselben Wirkungen eintreten wie die, welche sich an die Zahlung einer Schuld knüpfen.[1]) Die angeführten Bestimmungen werden auch am häufigsten von den Anhängern dieser Theorie zur Begründung herangezogen.[2])

Bezüglich der erwähnten Vorschriften der Zivilprozeßordnung ist indessen zu beachten, was wir oben (S. 19 u. 20) ausgeführt haben.

Unzutreffend ist es aber, wenn von den Gegnern der Theorie der Realobligation geltend gemacht wird, daß, falls nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Hypothek und Grundschuld Realobligationen sein sollten, es der Aufnahme dieser Vorschriften

---

[1]) Vgl. hierzu namentlich Planck a. a. O. Vorbem. 3 zum 8. Abschn.

[2]) Achilles-Strecker a. a. O. S. 60, Anm. 3; Cosack in Gerber-Cosack a. a. O. S. 251; Crome a. a. O. S. 644, Anm. 41; Fuchs Vorbem. 5 b zum 8. Abschn.; Gierke a. a. O. S. 853; Grützmann a. a. O. S. 260 f.; Siber, Rechtszwang S. 201; Staub a. a. O. S. 38, 40, 43 f.; Willenbücher, Vorbemerkung 7 zum 8. Abschn.

in die Zivilprozeßordnung nicht bedurft hätte.[1]) Dieses unrichtige Argument findet sich auch in den Protokollen.[2])

Unterstellt man, daß Hypothek und Grundschuld nach Bürgerlichem Gesetzbuch Realobligationen sind, so wären gleichwohl diese Bestimmungen erforderlich gewesen, weil es an einer ausdrücklichen Vorschrift im Bürgerlichen Gesetzbuch, wonach diese beiden Rechte Realobligationen sind, fehlt.

Ebenso kann bezüglich § 1146 nicht[3]) Entsprechendes geltend gemacht werden.

Alle diese angeführten, für die Theorie der Realobligation sprechenden Vorschriften erklären sich aber aus dem wirtschaftlichen Bedürfnis und der Ähnlichkeit, welche das Verhältnis des Eigentümers zum Gläubiger mit einem Forderungsrechte hat (vgl. oben S. 18 f. und S. 19 Anm. 1). Die Vorschrift des § 1141 BGB. insbesondere soll den Eigentümer eines hypothekarisch belasteten Grundstücks davor schützen, daß er, ohne von der Kündigung zu wissen, sich plötzlich vor die Tatsache der drohenden Zwangsvollstreckung (in das Grundstück) gestellt sieht; und das Kündigungsrecht ist ihm gegeben, weil er, der die wirtschaftliche Last der Hypothek auf seinem Vermögen ruhen hat, die Möglichkeit haben soll, sich von dieser Last zu befreien.[4]) Auch v. Schwind[5]) erklärt die Annahme einer Schuld bei der Hypothek in diesem Falle nicht für erforderlich.

Überwiegende Gründe sprechen gegen die Theorie der Realobligation. Sie würde zu der Annahme einer Obligation führen, bei der sich die Person des Schuldners durch das Eigentum an einem Grundstück bestimmt, und der Schuldner nur mit dem Grundstück haftet. Ein derartiges Schuldverhältnis würde sich aber mit den allgemeinen für Schuldverhältnisse geltenden Vorschriften schwer in Einklang bringen lassen.[6]) Fuchs[7]) beruft

---

[1]) Lutz a. a. O. S. 26; Peters a. a. O. S. 13 f.

[2]) II, S. 6063 (Mugdan S. 819).

[3]) So bei Lutz a. a. O. S. 16, 23; Peters a. a. O. S. 13; Oberneck, Das Reichsgrundbuchr., 3. Aufl., 1. Bd., Berlin 1904, S. 632, Anm. 4.

[4]) Vgl. v. Schwind a. a. O. S. 141. [5]) a. a. O. S. 142.

[6]) Vgl. Planck Vorbem. 3 zum 8. Abschn.

[7]) Vorbem. 1b zum 2. Titel des 8. Abschn.

sich zum Beweise für die Existenz solcher anomaler Obligationen auf die actio in rem scripta, die jetzige Gestaltung des Miet- und Pachtrechtes. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob in diesen Fällen, was noch zweifelhaft ist, eine Realobligation (im Sinne von Fuchs) vorliegt. Jedenfalls ist die Annahme eines solchen anomalen Schuldverhältnisses im einzelnen Falle nur gerechtfertigt, wenn das Gesetz hierfür entweder einen strikten Anhalt bietet, oder wenn das betreffende Rechtsverhältnis, welches sich als Realobligation darstellen soll, im Gesetz nicht klar konstruiert, vielmehr es der Wissenschaft überlassen ist, aus dem System des Gesetzes und seinen einzelnen Bestimmungen eine Konstruktion zu finden, und hierbei auf andere Weise als durch Unterstellung einer Realobligation das betreffende Rechtsverhältnis nicht zu erklären ist.

Was nun erstere Bedingung anbetrifft, so bieten die vorerwähnten Bestimmungen der Zivilprozeßordnung und des Bürgerlichen Gesetzbuches einen solchen strikten Anhalt für die Annahme einer Realobligation bei Hypothek und Grundschuld nicht. Im Widerspruch zu diesen Bestimmungen steht vor allem der bereits erörterte § 1147 BGB.

Wenn ferner diese beiden Rechte dingliche Obligationen wären, so müßte eine Geldforderung gegen die Zahlungsverpflichtung des Eigentümers aufgerechnet werden können.[1]) Das ist aber nicht der Fall, wie Fuchs[2]) selbst anerkennt, und zwar mit dem Bemerken, daß die beiderseitigen Leistungen nicht gleichartig im Sinne des § 387 seien. Damit stellt sich Fuchs in Widerspruch zu seiner eigenen Theorie.

Wenn ferner der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische Eigentümer den Gläubiger freiwillig befriedigt, gilt dies, wie aus § 1143 BGB. hervorgeht, nicht als Tilgung einer Schuld, sondern der Eigentümer will die Hypothek erwerben. Auch dies gibt Fuchs[3]) in Widerspruch[4]) zu seiner Theorie zu.

Auf § 1142 BGB., der ebenfalls gegen die Theorie der Realobligation verwertet wird,[5]) legen wir kein Gewicht; denn

---

[1]) Vgl. Oberneck a. a. O. S. 632, Anm. 4. [2]) Anm. 3b zu § 1143.
[3]) a. a. O. Anm. 3 zu § 1143. [4]) Vgl. Oberneck a. a. O.
[5]) Planck a. a. O.

wenn auch im § 1142 nur von einer Berechtigung nicht von einer Verpflichtung des Eigentümers die Rede ist, so kann aus diesem Schweigen des Gesetzes nichts gefolgert werden, weil das Gesetz bezüglich der Frage der Realobligationen sich nicht bestimmt äußern wollte.

Wenig Bedeutung hat es ferner, daß, wenn man eine Zahlungsverpflichtung nach den §§ 1113, 1191 BGB. annimmt, noch die Frage offen bleibt, wer als Subjekt dieser Verpflichtung anzusehen ist. Denn als Zahlungspflichtiger könnte nur der Eigentümer in Betracht kommen.

Ein bestimmter Anhalt für die Annahme einer Realobligation bei Hypothek und Grundschuld wäre allerdings vorhanden, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch wie im § 1108 (vgl. besonders Absatz 2) ausdrücklich eine Verpflichtung des Eigentümers statuiert hätte. Hier liegt eine Art Realobligation, wie Fuchs[1]) auch geltend macht, vor, ob freilich eine Realobligation in dem Sinne, wie sie Fuchs und andere für Hypothek und Grundschuld konstruieren, ist sehr fraglich.

Was die weitere Voraussetzung für die Annahme einer Realobligation anbetrifft (Unmöglichkeit der Erklärung der rechtlichen Natur von Hypothek und Grundschuld außer mit Hilfe dieser Theorie), so ist auch diese Voraussetzung nicht gegeben, weil sich diese beiden Rechte befriedigend erklären lassen,[2]) indem man erstere als Pfandrecht, letztere als eigenartiges dingliches Recht ansieht.

Wir kommen auf die Erklärung dieser beiden Rechte noch ausführlich zurück.

Gegen die Theorie der Realobligation ist schließlich noch folgendes geltend zu machen:

Es würde bei dem Mangel einer gesetzlichen Regelung sehr unsicher sein, welche Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse auf diese eigenartigen dinglichen Obligationen anzuwenden wären. Aus den Erörterungen von Fuchs[3]) ergibt

---

[1]) a. a. O. Vorbem. 1b zum 2. Titel des 8. Abschn.

[2]) Hierzu Planck a. a. O.

[3]) Vgl. a. a. O. Anm. 21 zu § 1192, wo Fuchs einen von früheren Stellen seines Kommentars abweichenden Standpunkt vertritt.

sich bereits, wie zweifelhaft im einzelnen die Entscheidung dieser Frage sein würde.[1])

Gegen Fuchs speziell ist noch zu bemerken, daß seine Ausführungen gegen den herrschenden Dinglichkeitsbegriff nicht als überzeugend angesehen werden können. Dieser wird namentlich von Staub[2]) mit zutreffenden Gründen gegen Fuchs verteidigt.

Es bestehen in der Tat unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Person und Sache. Diese Beziehungen sind zunächst tatsächlicher Natur. Aber von der Rechtsordnung werden sie zu rechtlichen erhoben. Fuchs löst, indem er diese Beziehungen leugnet, das Vermögensrecht in ein System von Ansprüchen auf. Das Kennzeichen, das er für das dingliche Recht aufstellt — die Absolutheit des Klageschutzes — ist ein sehr unvollkommenes Kriterium. Denn einmal genießen alle Rechte, auch die Forderungsrechte, einen absoluten Rechtsschutz insofern, als Dritte den Berechtigten in der Ausübung seines Rechts nicht stören dürfen.[3])

Andererseits genießen diejenigen Rechte, welche Fuchs als dingliche ansieht, nicht einen absoluten Schutz in dem Sinne, daß jeder verpflichtet wäre, das Recht des betreffenden Berechtigten zur Erfüllung zu bringen.

Wie man also den Ausdruck „absolut" auffassen mag, als Unterscheidungsmerkmal zwischen dinglichen und persönlichen Rechten versagt er.

Auch bei der Hypothek und Grundschuld ist eine positive Verpflichtung (im Sinne von Fuchs) nur dem jeweiligen Eigentümer auferlegt. Eine absolute Verpflichtung im Sinne einer allen Rechtsgenossen obliegenden Verpflichtuug besteht nicht. Der Ausdruck von Fuchs „absolute Verpflichtung des Eigentümers" ist ein Widerspruch in sich selbst.[4]) Entweder kann eine absolute Verpflichtung, das heißt Verpflichtung aller, bestehen oder nur eine Verpflichtung des Eigentümers, die man dann nicht als absolut bezeichnen kann.

---

[1]) Vgl. noch gegen die Theorie der Realobligation: Puntschart, Grundschuldbegriff S. 85—105.

[2]) a. a. O. S. 12 ff. [3]) Staub a. a. O. S. 15 u. 19.

[4]) Staub a. a. O. S. 22; vgl. auch Puntschart, Grundschuldbegriff S. 96.

Die Hypothek und Grundschuld als absolute Verpflichtung des Eigentümers zu definieren, ist aber auch deshalb nicht richtig, weil sich Hypothek und Grundschuld nicht in einer solchen Verpflichtung erschöpfen. Denn auch Dritten gegenüber äußert das Recht des Hypothekengläubigers seine Wirksamkeit. Er kann z. B., was kaum hervorgehoben zu werden braucht, gegen den persönlichen Exekutionsgläubiger auf Freigabe gepfändeter Grundstücksbestandteile klagen usw.[1]) Er hat ein Aussonderungsrecht im Konkurse, die Hypothek ergreift das Grundstück unmittelbar in seinen Bestandteilen und mit seinem Zubehör. Die Ausübung des hypothekarischen Rechts ist unabhängig vom Willen des Eigentümers. Der Hypothekengläubiger kann einer Verschlechterung des Grundstücks entgegentreten (§ 1133 f. BGB.), der Rang der Hypothek wirkt gegen Jedermann.[2])

Alles das ist nur erklärlich, wenn man das Kennzeichen der Dinglichkeit in der unmittelbaren Herrschaft über eine Sache erblickt. Wenn man mit Fuchs das Wesen von Hypothek und Grundschuld auf den Charakter des Leistungsrechts abstellt,[3]) so bleiben die eben hervorgehobenen Wirkungen dieser beiden Rechte unberücksichtigt oder treten wenigstens weit über Gebühr in den Hintergrund.

Nach Fuchs und andern Verfechtern der Theorie der Realobligation erscheinen Hypothek und Grundschuld als Gebilde, welche aus obligationenrechtlichen und dinglichrechtlichen Elementen gemischt sind[4]) („dinglich" wird hierbei von uns im Sinne des herrschenden gemeinrechtlichen Dinglichkeitsbegriffs gebraucht). Fuchs insbesondere ist in seinem Kommentar des Grundbuchrechts und in seiner Schrift „Wesen der Dinglichkeit" offenbar stark von der deutschrechtlichen, im preußischen Landrecht im weiten Umfange akzeptierten Auffassung beeinflußt, wonach im Gegensatz zum römischen Recht scharfe Grenzen zwischen dinglichem und Forderungs-

---

[1]) Staub a. a. O. S. 24.

[2]) Vgl. hierzu auch Dernburg, Preuß. Privatr., 1. Bd., 5. Aufl., Halle 1894, S. 789 ff.; Peters a. a. O. S. 10 f.; Wendt a. a. O. S. 85 ff.

[3]) Vgl. namentlich a. a. O. Vorbem. 5b zum 8. Abschn.

[4]) Vgl. hierzu Gierke a. a. O. S. 856.

recht nicht zu ziehen sind, da unter anderem auch jedes persönliche Recht, das sich auf eine bestimmte Sache bezog, verdinglichungsfähig war. („Recht auf die Sache".)

Gierke[1]) bemerkt aber mit vollem Recht, daß die geltenden deutschen Rechte mit der Hineinziehung der Forderungsrechte in das Sachenrecht grundsätzlich gebrochen haben; Forderungsrechte und dingliche Rechte stünden jetzt getrennt nebeneinander. Aber das geltende deutsche Recht sei, so fährt Gierke fort, nicht zu dem schroffen Standpunkt des römischen Rechts zurückgekehrt, und so glaubt auch er (damit kommen wir zu der Theorie Gierkes) eines „schuldrechtlichen Einschlags" bei Hypothek und Grundschuld nicht entraten zu können.

Er konstruiert bei diesen beiden Rechten ein dingliches Schuldverhältnis, das als reine Sachbelastung erscheine und darum in keiner Weise dem Obligationenrecht, sondern ausschließlich dem Sachenrecht angehöre[2]).

Diese dingliche Schuld sei wesentlicher Bestandteil des sachenrechtlichen Verhältnisses, sie ergänze das für sich allein der Selbständigkeit unfähige Sachhaftungsrecht zu einem in sich vollendeten dinglichen Rechte, das sich zwar (als Hypothek) an das Obligationenrecht anlehnen, aber auch (als Grundschuld) dieser Brücke entbehren könne. Die dingliche Schuld begründe keinerlei Verpflichtung der Person als solcher sondern laste auf dem Grundstücke und finde nur eben als Passivbestandteil des Grundvermögens notwendig im jeweiligen Grundeigentümer ihr Subjekt. Sie gewähre dem Berechtigten keine Forderung, sondern ein dingliches Gläubigerrecht, das durchaus als Recht am Grundstück erscheine und nur gerade deshalb sich gegen den jeweiligen Eigentümer richte[3]).

Wie schon hieraus ersichtlich ist, sind für Gierke Hypothek und Grundschuld Sachhaftungsrechte, die Sachhaftung bildet nach ihm den primären Inhalt des Grundpfandrechts, zu dem er die Grundschuld rechnet. Da aber eine Haftung ohne Schuld nicht bestehen könne, sei die dingliche Schuld begrifflich notwendig, wo die persönliche Schuld fehle.[4]) Hypothek

---

[1]) a. a. O. S. 611. [2]) a. a. O. S. 614.
[3]) a. a. O. S. 856. [4]) a. a. O. S. 852.

und Grundschuld sind nach Gierke dingliche Haftungsrechte und als dritte Gruppe der begrenzten dinglichen Rechte zusammen mit dem Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten von a) den Gebrauchsrechten und Nutzungsrechten und b) den Erwerbsrechten zu unterscheiden[1]).

Unter dinglichen Haftungsrechten begreift Gierke hierbei Rechte, die dem Berechtigten eine Sache in der Weise unterwerfen, daß er sich behufs Erlangung einer Leistung an sie halten könne[2]).

Den Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld findet Gierke in der begrifflichen Selbständigkeit der dinglichen Schuld bei der Grundschuld[3]) und der Anlehnung der dinglichen Schuld bei der Hypothek an das Obligationenrecht[4]). Im übrigen stecke der gesamte Inhalt der Grundschuld in der Hypothek[5]).

Gewinnend ist an der Theorie Gierkes, daß er mit allem Nachdruck das Dingliche in Hypothek und Grundschuld betont, die Auffassung, daß diese beiden Rechte aus obligationsrechtlichen und dinglichrechtlichen Elementen gemischte Gebilde seien, verwirft[6]) und Hypothek und Grundschuld ausschließlich ins Sachenrecht stellt[7]).

Gierkes Theorie entspricht darum auch eher dem System des Bürgerlichen Gesetzbuches, aber die Annahme der von ihm konstruierten dinglichen Schuld bei Hypothek und Grundschuld des modernen Rechts halten wir im wesentlichen aus denselben Gründen nicht für erforderlich wie die Annahme einer beschränkten Personenhaftung des Grundeigentümers (Fuchs u. a.). Gierke macht für das Vorhandensein dieses dinglichen Schuldverhältnisses zum Teil etwa dieselben[8]) Gründe geltend wie Fuchs u. a. für ihre Theorie der Realobligation, sodaß insoweit auf diese Gründe nicht einzugehen ist.

---

[1]) a. a. O. S. 598 ff., insbesondere S. 602. [2]) a. a. O. S. 602.

[3]) a. a. O. S. 909. [4]) a. a. O. S. 856.

[5]) a. a. O. S. 853. [6]) a. a. O. S. 855 f.

[7]) Auch die Auffassung Puntscharts wird von Gierke, wie schon erwähnt, abgelehnt, S. 855 a. a. O., insbesondere Anm. 19.

[8]) Vgl. a. a. O. S. 853.

Daß das Bürgerliche Gesetzbuch bei Hypothek und Grundschuld von einem „persönlichen“ Schuldner spricht, kann mit Gierke[1]) nicht als Beweis dafür angesehen werden, daß ein dingliches Schuldverhältnis vorhanden sei; es soll damit lediglich das Forderungsrecht bei der Hypothek in Gegensatz zu dem dinglichen Recht gestellt werden.

Daß der Name Grundschuld nicht für ein Schuldverhältnis spricht,[2]) ist schon dargetan worden (S. 20).

Da Gierke ausführt:[3]) Offenbar könne . . . nicht davon die Rede sein, daß der Eigentümer als solcher nicht schuldig, sondern nur berechtigt wäre, zu zahlen, ferner:[4]) Die dingliche Schuld gehe von rechtswegen auf jeden neuen Eigentümer über — rechnen wir ihn mit Rücksicht auf seine sonstigen Ausführungen, wie schon erwähnt, (oben S. 10, Anm. 10) mit Siber[5]) trotz der Verwahrung Gierkes[6]) gegen den Namen Realobligation im Wesentlichen zu den Anhängern dieser Theorie.

Die von der Auffassung von Fuchs u. a. abweichende Betonung des rein dinglichen Charakters des Schuldverhältnisses und der Hypothek und Grundschuld überhaupt ist schon hervorgehoben worden.

Weiterhin spricht Gierke[7]) ganz ähnlich wie Puntschart davon, daß das Grundpfandrecht für den Eigentümer ein Zahlensollen, für den Berechtigten ein Bekommensollen begründe, und[8]) daß die dingliche Schuld keinerlei Verpflichtung der Person als solcher zur Folge habe, sondern auf dem Grundstück laste und nur eben als Passivbestandteil des Grundvermögens notwendig im jeweiligen Grundeigentümer ihr Subjekt finde. Auch diese unpersönliche Konstruktion der Schuld erinnert sehr an die Theorie von Puntschart.

Wenn dann Gierke weiter bemerkt[9]): Zwar sei es verkehrt, das Grundstück zum Schuldner zu machen, aber objektiv sei in der Tat das Zahlensollen in die Grundstücks-

---

[1]) a. a. O. S. 853, Anm. 7. [2]) a. a. O. S. 852 f.
[3]) a. a. O. S. 853 f. [4]) a. a. O. S. 853.
[5]) In Iherings Jahrb. a. a. O. S. 136. [6]) a. a. O. S. 712, Anm. 40.
[7]) a. a. O. S. 854. [8]) a. a. O. S. 856. [9]) a. a. O. S. 856, Anm. 21.

sphäre aufgenommen und somit zu einer Beschränkung des Eigentums gestempelt, die jeden Eigentümer in gleicher Weise wie ein Unterlassensollen oder Duldensollen kraft einer Servitut ergreife, so scheint uns diese Umschreibung, zusammen mit dem Umstande, daß das Schuldverhältnis nach Gierke unpersönlich gestaltet, wesentlicher Bestandteil des sachenrechtlichen Verhältnisses ist und Ergänzung des Sachhaftungsrechts zu einem in sich vollendeten dinglichen Recht bedeutet, dafür zu sprechen, daß dieses Schuldverhältnis kaum noch den Namen eines Schuldverhältnisses verdient; es ist Element des dinglichen Rechts, und als solches zu bezeichnen.

Für Gierke erweist sich dieses dingliche Schuldverhältnis allerdings auch als Stütze für das Sachhaftungsrecht, welches nach ihm den primären Inhalt von Hypothek und Grundschuld bildet und der Selbständigkeit unfähig ist, als notwendig.[1])

Daß aber der Begriff des Haftungsrechts für das moderne Recht nicht mehr von Bedeutung ist, haben wir oben (S. 15 ff.) nachgewiesen.

Berücksichtigt man die Theorie Gierkes, so kann, was hier noch erwähnt werden möge, gegen die Theorie der Realobligation ebensowenig wie gegen die von Puntschart mit Erfolg eingewendet werden, daß sie an dem Fall der Herrenlosigkeit des Grundstücks scheitere.[2])

Denn die Schuld einer Person als solcher wird von Gierke eben nicht angenommen, und die Bestellung eines Eigentumsvertreters (§§ 58, 787 ZPO.) ist ausreichend, um Schuld und Haftung in Wirksamkeit zu setzen.[3])[4])

---

[1]) Die Annahme dieses Sachhaftungsrechts stellt einen weiteren Unterschied zu der Theorie von Fuchs u. a. Vertretern der Theorie der Realobligation dar.

[2]) So gegen die Theorie der Realobligation: Endemann a. a. O. S. 718, Anm. 5; Planck a. a. O. Vorbem. 3 zum 8. Abschn.

[3]) Gierke a. a. O. S. 857, Anm. 24.

[4]) Auch Engelmann, BGB., 4. Aufl. Berlin 1906, S. 609 f., nimmt wie Gierke an, daß bei Hypothek und Grundschuld eine dingliche Schuld neben einer dinglichen Haftung zugrunde liege, ohne daß indessen ersichtlich ist, ob er völlig auf dem Boden von Gierke steht.

Auch Crome[1]) konstruiert bei Hypothek und Grundschuld eine Zahlungsverpflichtung des Eigentümers, die er als „Realschuldverhältnis“ und — in naher Verwandtschaft mit Gierkes Theorie — als „Annex des dinglichen Rechts“ bezeichnet.

Ferner dürfte aus den Ausführungen Kretzschmars[2]) zu entnehmen sein, daß seine Ansicht über die rechtliche Natur von Hypothek und Grundschuld der Gierkes sehr nahe steht. Er betont, daß bei der Hypothek den Eigentümer als solchen keine Verpflichtung zur Zahlung treffe, aber die Pfandschuld sei doch, da sie das ihm gehörende Grundstück belaste, in gewissem Sinne seine Schuld,[3]) und an anderer Stelle[4]) bemerkt er: Die persönliche Forderung sei bei der Hypothek von der hypothekarischen Forderung zu unterscheiden, die zum Zweck der Legitimation des Gläubigers mit dem dinglichen Recht untrennbar verbunden sei und einen begrifflichen Bestandteil der Hypothek bilde.

Hypothek im Sinne des Gesetzes sei sowohl das dingliche Recht wie auch die ihr zugrunde liegende hypothekarische Forderung.

Während Gierke[5]) durch seine Konstruktion des dinglichen, ausschließlich dem Sachenrecht angehörenden Schulverhältnisses die Einheitlichkeit von Hypothek und Grundschuld wahrt, glauben andere dem Wesen von Hypothek und Grundschuld gerade dadurch gerecht zu werden, daß sie diese beiden Rechte als zusammengesetzte Rechtsgebilde auffassen. Entsprungen sind diese Konstruktionsversuche offenbar dem Bestreben, die contradictio in adiecto, die in der Annahme eines dinglichen Schuldverhältnisses von ihnen gefunden wird, zu vermeiden. Sie wollen eine scharfe Scheidung zwischen den auch nach ihrer Auffassung bei Hypothek und Grundschuld vorhandenen obligationsrechtlichen und den dinglichen Elementen, die nach Fuchs u. a. in Hypothek und Grundschuld mehr oder weniger eng vereinigt sind, herbeiführen.

In diesem Sinne macht Staub[6]) gegen Gierke und Bachr

[1]) a. a. O. S. 644. [2]) Sachenrecht des BGB., Leipzig 1906.
[3]) Vorbem. 3 zum 8. Abschn. a. a. O. [4]) I 3 zu § 1113 a. a. O.
[5]) Und mit ihm Crome, Engelmann und Kretzschmar.
[6]) a. a. O. S. 44 f.

geltend: „Zwei verschiedene Dinge können wohl miteinander verbunden werden, aber es kann nie der[1]) eine die Eigenschaft des anderen" werden. Man kann wohl Kupfer und Eisen miteinander verbinden und mag diese Masse Eisen-Kupfer oder Kupfer-Eisen nennen, aber kupfernes Eisen ist es damit nicht geworden. So kann man wohl dingliches Recht und Obligation miteinander verbinden . . . ., aber eine dingliche Schuld wird es so lange nicht geben, als dingliches Recht und Obligation zwei verschiedene Begriffe sind" [2]).

Nach Staub[3]) bestehen Hypothek und Grundschuld aus erstens: einer Verpflichtung zur Zahlung gegen den bestellenden Grundeigentümer und seine Rechtsnachfolger (von Staub wird diese Verpflichtung auch als obligatio in rem scripta bezeichnet), zweitens: einem Pfandrecht.

Gegen die Theorie des zusammengesetzten Rechts gilt das oben S. 28 ff. Ausgeführte; die Annahme irgend eines Schuldverhältnisses bei Hypothek und Grundschuld erübrigt sich.

Zu weniger prägnantem Ausdruck gelangt die Auffassung Staubs bei Cosack. Er führt aus[4]): Neben dem dinglichen Rechte sei bei Hypothek und Grundschuld regelmäßig auch eine obligatorische Forderung des Pfandgläubigers auf die Pfandsumme (Forderung mit einer auf das Grundstück beschränkten Haftung) vorhanden.

Diese Forderung wird von Cosack als Realobligation bezeichnet. Hier wird also dieses Wort wieder in einem andern Sinne gebraucht wie von den bisher erwähnten Autoren, indem von Cosack weder die Hypothek und Grundschuld als solche, noch die Sachhaftung, sondern die (der Haftung nach beschränkte) Forderung gegen den Grundstückseigentümer „Realobligation" genannt wird. Diese Realobligation im Sinne Cosacks fehlt nach ihm bei den Eigentümerpfandrechten und bei den Pfandrechten an herrenlosen Grundstücken.[5])

Auch Hachenburg[6]) spricht von Hypothek und Grundschuld

---

[1]) Statt „der" soll es bei Staub wohl heißen: „das".

[2]) Vgl. hierzu auch Sommer a. a. O. S. 44.

[3]) a. a. O. S. 36 ff., namentlich S. 39, 44.

[4]) BGB., 2. Bd., 4. Aufl., Jena 1904, S. 217 ff. [5]) a. a. O. S. 218.

[6]) Beitr. z. Hypotheken- u. Grundschuldr. des Entwurfs eines BGB. usw., Mannheim 1905, BGB.; Vortr., Mannheim 1900.

als von Realobligation,[1]) von dinglichen Schulden,[2]) dinglichen Ansprüchen.[3]) Daß er aber diese beiden Rechte ebenfalls wie Staub u. a. für zusammengesetzte Rechte hält, geht aus Äußerungen wie folgenden hervor:[4]) „Die Hypothek tritt zu der Forderung hinzu als die sachliche Obligation zur persönlichen". Er bemerkt jedoch an anderer Stelle:[5]) Die Ursache, aus der dieser dingliche Anspruch dem Gläubiger zusteht, ist eine obligatorische Forderung. Im Leben gibt es keine Realobligation ohne eine persönliche, zu der sie hinzutritt, und derentwillen sie begründet wird".[6]) Hierbei versteht Hachenburg unter der persönlichen Forderung eine andere als die, zu deren Sicherung die Hypothek dient und die Grundschuld dienen kann; denn er sagt[7]) bezüglich der Grundschuld, daß diese selten mit einer persönlichen Forderung (welche durch die Grundschuld gesichert werde) verbunden sei.

Hiernach hätten wir bei der Hypothek und eventuell auch bei der Grundschuld sogar drei Forderungen, erstens: die persönliche Forderung, welche durch die Hypothek (eventuell auch durch eine Grundschuld) gesichert wird, zweitens: die dingliche Forderung oder Realobligation im Sinne Hachenburgs[8]), drittens: die persönliche Forderung, an die sich die Realobligation anlehnt.

Das scheint denn doch zu viel zu sein und stellt sich im übrigen als eine Vermengung der Theorie der Realobligation mit der von Schuld und Haftung dar. Die Schuld, an welche sich nach Hachenburg die Realobligation anlehnt, ist gewissermaßen die Schuld Puntscharts u. a.

Noch stärkere Berührungspunkte mit dessen Theorie hat die Formulierung von H. Lehmann[9]), der ebenfalls ein zu-

---

[1]) Vortr. S. 535. [2]) Beitr. S. 32. [3]) Vortr. S. 535.

[4]) Vortr. S. 519. [5]) Vortr. S. 535.

[6]) Vgl. noch Beitr. S. 32: „Beide Arten von dinglichen Schulden haben logischerweise eine Forderung zur Grundlage; in allen Fällen muß jede Schuld einen Grund haben".

[7]) Vortr. S. 539.

[8]) Bei Hachenburg hat also „Realobligation" eine ähnliche Bedeutung wie bei Cosack.

[9]) a. a. O.

sammengesetztes Rechtsgebilde bei Hypothek und Grundschuld annimmt.

Die Hypothek wie die Grundschuld bestehe[1]) aus einer Naturalobligation gegen den Grundstückseigentümer auf Zahlung einer Geldsumme und zweitens einem dinglichen Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke für den Fall des Unterbleibens anderweiter Erfüllung als zwei untrennbaren[2]) Elementen. An anderer Stelle[3]) bezeichnet Lehmann diese Naturalobligation als klaglose obligatio in rem scripta gegen den jedesmaligen Grundstückseigentümer und bemerkt[4]), es bestehe bei Hypothek und Grundschuld eine sogenannte Realobligation, der Eigentümer als solcher sei Schuldner der Hypothekenschuld. Auch von Lehmann wird also das Wort Realobligation auf die dem Obligationenrecht angehörige Verpflichtung des Eigentümers beschränkt. Die „klaglose Naturalobligation" Lehmanns entspricht der „Schuld" Puntscharts, v. Schwinds u. a.; inkonsequent spricht aber dann Lehmann wieder von der „Forderung" gegen den Eigentümer[5]). Unter „Forderung" wird herkömmlich nur eine klagbare Verpflichtung verstanden. Inkonsequent ist es ferner, wenn Lehmann[6]) bemerkt, daß der Eigentümer nur beschränkt mit dem Grundstück hafte. Damit wird wiederum die der Theorie von Schuld und Haftung nicht entsprechende Idee der beschränkten Personenhaftung in seine Ausführungen hineingetragen. Wir haben Lehmann aus diesen Gründen zu den Vertretern der Theorie der Realobligation gestellt.

Mehr noch nähert sich Lehmann im Lehrbuch des bürgerlichen Rechts[7]) Puntschart u. a., wenn er sagt: Bei der Grundschuld bestehe eine Obligation mit reiner Sachhaftung des Grundstücks, bei der Hypothek eine Obligation mit persönlicher Haftung neben akzessorischer Sachhaftung.

Nach Kindel[8]) weist die Hypothek drei Bestandteile auf:

---

[1]) a. a. O. S. 264. [2]) Vgl. a. a. O. S. 167.
[3]) a. a. O. S. 166. [4]) a. a. O. S. 170.
[5]) Vgl. hierzu Puntschart, Grundschuldbegriff S. 107.
[6]) a. a. O. S. 170.
[7]) Enneccerus-Lehmann, BGB., 2. Bd., 2. Aufl., Marburg 1901, S. 258.
[8]) „Recht an der Sache", Breslau 1889. Seine Ausführungen sind allerdings mehr de lege ferenda zu beachten, eine Kritik des Entwurfs I.

a) Geldanspruch, b) Haftung des Grundstücks, c) Haftung des Vermögens, während die Grundschuld nur aus den ersteren beiden Elementen bestehe[1]). Auch Kindel bekämpft wie Fuchs den gemeinrechtlichen Dinglichkeitsbegriff[2]). Zu den Sachenrechten seien auch die obligationes rei (Obligationen auf eine bestimmte Sache) zu zählen, als welche sich Hypothek und Grundschuld darstellten. Die Grundschuld sei ein durch die Haftung des Grundstücks gesicherter Geldanspruch, und in einer andern Schrift[3]): Die Grundschuld sei ein durch die Sachhaftung gedecktes Forderungsrecht, für welches eine Vermögenshaftung nicht existiere oder nicht einzutragen sei, und welches die Römer zutreffender als das Bürgerliche Gesetzbuch durch die Worte: Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio (l. 59/61/ pr. D. 36. 1.) bezeichnet hätten. Also auch hier tritt eine ganz nahe Verwandtschaft mit der Theorie von Puntschart und anderen hervor[4]).

Kindel[5]) leugnet wie Fuchs den Pfandrechtscharakter von Hypothek und Grundschuld und bezeichnet beide als akzessorische Rechte, da jede Obligation akzessorisch sei[6]).

Gegen den Dinglichkeitsbegriff von Kindel ist Analoges wie gegen den von Fuchs geltend zu machen.

Eine besondere Art von Obligation nimmt Krech bei Hypothek und Grundschuld an.

Er spricht sich zwar gegen die Definition dieser beiden Rechte als Realobligationen aus[7]), im Widerspruch hierzu konstruiert er jedoch selbst eine negative[8]) Realobligation, indem er ausführt[9]), der Pfandanspruch bei Hypothek und Grundschuld falle unter den Anspruchs- und Leistungsbegriff des Entwurfs[10]), in dessen Sinne auch ein Unterlassen (Dulden, Gestattenmüssen) eine Leistung sei.

---

[1]) a. a. O. S. 32. [2]) a. a. O. S. 36, 23 ff., 31 ff.

[3]) Festg. d. Jurist. Gesellschaft zu Berlin, Berlin 1903 S. 108 f.

[4]) Vgl. auch Puntschart, Grundschuldbegriff S. 82.

[5]) „Recht an der Sache“ S. 36. [6]) a. a. O. S. 31.

[7]) „Die Rechte an Grundstücken“, Berlin 1889 (in Bekkers und Fischers Erläut. pp., 13.—18. Heft), S. 110, Anm. 3.

[8]) Vgl. hierzu Puntscharts Grundschuldbegriff S. 50.

[9]) Krechs Ausführungen gelten zunächst für den Entwurf I.

[10]) a. a. O. S. 110.

Auch diese Theorie der negativen Realobligation kann nicht als befriedigend angesehen werden.

Die Obligation Krechs soll in der Verpflichtung bestehen, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden. Wer ist aber der Schuldner dieser Obligation? Nicht bloß der Eigentümer, auch jeder Dritte hat doch die Verpflichtung, die Zwangsvollstreckung zu dulden, wenn auch der Eigentümer zunächst ein Interesse an der Verhinderung der Zwangsvollstreckung hat; der Kreis der Leistungspflichtigen ist also unbegrenzt, mit andern Worten, es sind überhaupt Leistungspflichtige nicht vorhanden, sondern es handelt sich bezüglich der Duldung der Zwangsvollstreckung um ein rein dingliches Recht, und zwar bei der Hypothek, da der Eigentümer bei ihr die gerichtliche Verwertung zur Befriedigung wegen einer Forderung dulden muß, um ein Pfandrecht.

Den Charakter eines reinen Forderungsrechts hat Sohm[1]) der Hypothek und Grundschuld beigelegt.

Er bedient sich für dieses Forderungsrecht des Ausdrucks „Realobligation". (Realobligation sei eine Obligation, welche mit dem Eigentum des Grundstücks ihr Subjekt wechsle).[2]) Hier ist wieder ein anderer Sinn des Wortes Realobligation, als wir ihn bisher fanden, festzustellen, weshalb wir auch nur diese Theorie, die sich nicht speziell auf Hypothek und Grundschuld des Bürgerlichen Gesetzbuches bezieht, hier darstellen.

Sohm geht davon aus, daß dingliche Rechte nur solche seien, bei denen der Berechtigte selbsthandelnd auf eine Sache einwirken könne.[3]) Bei der modernen Hypothek sei aber dem Gläubiger das Recht, sich selbst Befriedigung zu suchen, versagt, er habe nur ein Recht auf gerichtliche Befriedigung. Die Hypothek sei aus diesem Grunde ein Forderungsrecht.[4])

Die Zwangsvollstreckung zu gestatten, sei nur eine Pflicht der Obrigkeit, ein dem öffentlichen Recht angehöriger Anspruch, kein Privatrecht.

Sohms Voraussetzungen bei seiner Konstruktion von Hypothek und Grundschuld sind aber falsch. Das Kennzeichen des dinglichen Rechts kann schon deshalb nicht in der Befugnis

[1]) In Grünhuts Zeitschr., Bd. 5, S. 1 ff. [2]) a. a. O. S. 33.
[3]) a. a. O. S. 6, 26. [4]) a. a. O. S. 18 ff.

bestehen, selbsthandelnd auf das Objekt einzuwirken, weil sonst z. B. die negativen Servituten, die doch dingliche Rechte sind, nicht dingliche Rechte sein würden. Auch gegen Sohm ist ferner, wie gegen Meibom, an das Pfändungspfandrecht zu erinnern, dessen dinglicher Charakter sowohl für das römische Recht, wie für das moderne Recht feststeht, und das ebenfalls dem Gläubiger keine Befugnis zum selbständigen Verkauf gibt.[1])

Unzutreffend ist es auch, daß Sohm den Anspruch des Hypothekengläubigers als öffentlichrechtlichen auffaßt. Es handelt sich bei der Hypothek bezüglich der Duldung der Zwangsvollstreckung keineswegs bloß um eine gewöhnliche Zwangsvollstreckung, sondern um einen von dem öffentlichen Recht ganz unabhängigen Anspruch,[2]) kraft dessen die Befriedigung des Gläubigers auf einem Wege herbeigeführt wird, den er speziell auf Grund seines Rechts aus der Hypothek bez. Grundschuld betritt.

Der Erfolg ist für den Eigentümer derselbe wie nach römischem Recht bei der Hypothek. Er muß das Grundstück räumen und herausgeben, an wen, ob unmittelbar an die Behörde oder unmittelbar an die Gläubiger, ist für ihn zunächst gleichgültig. Auch für den Gläubiger ist es nicht erheblich, ob der Verkauf durch Vermittlung der Behörde stattfindet oder nicht. Gleichzeitig kommt in dem Rechte des Hypothekengläubigers auf Zwangsversteigerung (bez. Zwangsverwaltung) das rein privatrechtliche Vorzugsrecht vor den anderen Gläubigern zum Ausdruck.[3]) Im übrigen nehmen wir noch auf die Ausführungen S. 25 f. Bezug.

Mit Recht wird von Crome[4]) bemerkt, daß die Konstruktion der Hypothek und Grundschuld als reiner Forderungsrechte für das Bürgerliche Gesetzbuch als abgetan gelten könne.[5])

---

[1]) Vgl. Dernburg, Preuß. Privatr., S. 790, Anm. 2, der noch auf die deutschrechtlichen Verkaufsrechte und die Mutung gegen Sohm verweist; vgl. auch Wendt a. a. O. S. 85 f.

[2]) Vgl. hierzu Wendt a. a. O. S. 86 f.

[3]) Vgl. Wendt a. a. O. S. 88 f., auch Hirsch a. a. O. S. 224.

[4]) a. a. O. S. 644, Anm. 41.

[5]) Bei Crome S. 641, Anm. 19, sind außer Sohm noch weitere Vertreter dieser falschen Auffassung zitiert.

Ebenso wie oben (S. 27 f.) bezüglich der ersten Gruppe des Vertreters der Theorie der Realobligation, wird hier anschließend die Stellungnahme von Gierke u. a. bezüglich der Frage der Akzessorietät und des Pfandrechtscharakters der Hypothek dargelegt.

Daß Gierke, Crome, Kretzschmar, Staub, Cosack und Krech die Grundschuld (ebenso wie die Hypothek) als Pfandrecht ansehen, geht aus unserer Darstellung der Theorien der Genannten hervor. Auch Hachenburg[1]) und Lehmann[2]) halten das pfandrechtliche Moment nicht für ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Hypothek und Grundschuld. Dagegen spricht sich Engelmann[3]) gegen den Pfandrechtscharakter der Grundschuld aus; Kindel hält, wie schon bemerkt (S. 50), auch die Hypothek nicht für ein Pfandrecht.

Die Akzessorietät der Hypothek wird von Crome[4]) und Hachenburg, der sehr nachdrücklich die Selbständigkeit der Hypothek zu erweisen versucht,[5]) abgelehnt.[6])

Kretzschmar,[7]) Cosack,[8]) Krech[9]) halten im wesentlichen an der Akzessorietät der Hypothek fest.

Gierke[10]) nimmt einen mittleren Standpunkt ein.

Lehmann äußert sich bezüglich der Akzessorietät folgendermaßen:[11]) „Bei der Grundschuld sei die Naturalobligation gegen den Grundstückseigentümer rein abstrakt, losgelöst von jeder Beziehung zu einem sonstigen Schuldtitel, während die Hypothek (und dahin gehe der Unterschied der beiden Rechtsinstitute) in einem derartigen akzessorischen Verhältnisse zu einer anderen Forderung stehe, daß die Bezugnahme auf den

---

[1]) Vgl. Beitr. S. 1 (Überschrift).

[2]) Lehrb. des BGB., S. 256.

[3]) a. a. O. S. 609.

[4]) Vgl. S. 652 a. a. O.: Die Forderung diene nur zur Legitimation.

[5]) Vgl. die Ausf. Beitr. S. 7, 31, 85 f.; Vortr. S. 510.

[6]) Beitr. S. 25, 86; Vortr. S. 511: Die Hypothekenforderung bezeichne, legitimiere, konkretisiere lediglich den Gläubiger.

[7]) a. a. O. Anm. I, 1 zu § 1113.

[8]) Lehrb. des bürgerl. Rechts S. 222, anders aber bei Gerber, Deutsches Privatr. S. 253.

[9]) a. a. O. S. 110, 112, 134.

[10]) a. a. O. S. 880, insbes. Anm. 10. [11]) S. 264.

Zweck der Sicherung derselben zu den notwendigen Begründungstatsachen der Hypothek gehöre; aber Hypothek und Grundschuld sind nach Lehmann nur durch die Art der Akzessorietät unterschieden, denn[1]) auch die Grundschuld sei, wiewohl sie unabhängig von einer diskreten Forderung bestehe, ihrem Wesen nach zu einer Forderung akzessorisch, aber diese Forderung sei abstrakt, klaglos und nur gegen den jedesmaligen Grundstückseigentümer gerichtet, und im Widerspruch hierzu:[2]) Man könne ebensogut die Akzessorietät der Hypothek leugnen.[3])

C. Die Werttheorieen.

Nachdem bereits früher, vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Bremer[4]) die Grundschuld als Wertrecht definiert hatte, wird jetzt die Konstruktion von Hypothek und Grundschuld als Wertrechte auch für das Bürgerliche Gesetzbuch von einer großen Anzahl von Autoren verteidigt, und zwar am eindringlichsten von Oberneck[5]), dessen Theorie als Wertparzellen- oder Wertteilstheorie bezeichnet wird.

Es werde durch die Bestellung einer Hypothek oder einer Grundschuld ein bestimmter Wertteil aus dem Grundstück kraft der Vereinbarung der Parteien ausgeschieden. Diese beiden Rechte seien Wertaneignungsrechte[6]).

Es seien[7]) grundbuchmäßig verselbständigte, durch eine bestimmte Geldsumme begrenzte Grundstückswertrechte, die einem in der Eintragung bestimmten Dritten mit der Einschränkung auf den Anspruch gegen den Eigentümer zur Duldung des Zwangsverkaufs oder der Zwangsverwaltung zwecks Lösung des Wertes zustünden. Sei hierbei der Dritte

---

[1]) a. a. O. S. 259.

[2]) a. a. O. S. 165, Anm. 6, S. 169.

[3]) Weiter geht Lehmann noch im Lehrb. des bürgerl. Rechts S. 261: Die Forderung sei nicht Existenzbedingung der Hypothek, sondern nur Entstehungsanlaß.

[4]) „Hypothek und Grundschuld pp.“, Göttingen 1869.

[5]) Das Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl., 1. Bd., Berlin 1904; bei Gruchot Bd. 50, S. 551 ff., Bd. 47, S. 306 ff.

[6]) Bei Gruchot Bd. 47, S. 307.

[7]) Grundbuchrecht S. 652.

durch Bezugnahme auf ein Schuldverhältnis bestimmt, so sei die Grundkreditbelastung eine Gläubigerhypothek, wenn die Bezugnahme fehle, eine Gläubigergrundschuld.

Den Ausgangspunkt bildet für Oberneck die Eigentümerhypothek bezw. Eigentümergrundschuld. Alle Grundkreditbelastungen seien auf sie zurückzuführen und sie sei als Wurzel jener Belastungen zu kennzeichnen.[1]) Die Eigentümerhypothek definiert Oberneck als Recht des Eigentümers auf den in der Form einer Grundkreditbelastung verselbständigten, durch eine bestimmte Geldsumme bezeichneten Wert oder Wertteil seines Grundstücks, soweit er noch nicht oder nicht mehr einem eingetragenen Berechtigten oder einem sonstigen Berechtigten zustehe.[2])

Im übrigen hält Oberneck die Eigentümerhypothek für eine bloße Rechtsfiktion und für keine wirkliche Hypothek.[3])

Daß das Bürgerliche Gesetzbuch an dem Prinzip der Pfandunteilbarkeit festgehalten habe, bestreitet Oberneck,[4]) er behauptet ferner, daß das Prinzip des festen Ranges im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannt sei, das Dogma vom Vorrücken der nachstehenden Gläubiger sei verworfen.[5])

Die Hypothek hält Oberneck für selbständig[6]) und spricht ihr und der Grundschuld Pfandrechtscharakter ab.[7])[8])[9])

---

[1]) Grundbuchr. S. 636.

[2]) Bei Gruchot Bd. 50, S. 554 f., Grundbuchr. S. 652.

[3]) Bei Gruchot Bd. 47, S. 309. [4]) Vgl. bei Gruchot a. a. O.

[5]) Bei Gruchot Bd. 47, S. 308, 327; Grundbuchr. S. 638.

[6]) Grundbuchr. 698, S. 700 ff.: Die Hypothekenforderung sei nur für die Legitimation des Gläubigers von Bedeutung, die Hypothek sei nur modifizierte Grundschuld (S. 702), der objektive Bestand der Hypothek sei von der Forderung nicht abhängig (S. 698).

[7]) Grundbuchr. S. 636, 698.

[8]) Weiteres über die Oberneckssche Theorie wird noch S. 59, 61 im passenden Zusammenhange erwähnt.

[9]) In ganz ähnlicher Weise konstruiert Willenbücher in den Erläuterungen zu den Bestimmungen über die Eigentümerhypothek, Hypothek und Grundschuld (a. a. O. Anm. 1 zu § 1163; vgl. auch dort die weiteren Darlegungen), während er andererseits in den Vorbemerkungen zum 8. Abschnitt des Sachenrechts, wie schon ausgeführt, die Theorie der Realobligation vertritt. — Gegenstand der Befriedigung des Hypothekengläubigers sei der im Grundstücke enthaltene Wert, aber nicht

Predari[1]) legt Gewicht darauf, daß diese beiden Rechte, welche allerdings das Grundstück von der Seite seiner Verwertbarkeit ergriffen,[2]) Rechte auf Aneignung des im Verfahren der Zwangsvollstreckung ermittelten Wertes des haftenden Grundstücks (in bestimmter Höhe) seien, und bekämpft von diesem Standpunkt aus die Wertparzellentheorie.

Durch die Bestellung einer Hypothek (oder Grundschuld) werde nicht ein bestimmter Wertteil des Grundstücks ausgeschieden, sondern nur bei Belastung des ganzen Grundstücks die Möglichkeit eröffnet, einen der Rangstellung entsprechenden Wertteil demnächst auszuscheiden.

Das System der festen Stellen sei im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht anerkannt.

Seine Theorie bezeichnet Predari als Wertaneignungstheorie[3]).

Daß Hypothek und Grundschuld Pfandrechtscharakter haben, bestreitet er, die Akzessorietät der ersteren lehnt er ab[4]).

Die Theorie von Predari divergiert von der Obernecks weit weniger, als es auf den ersten Blick scheint. Wenn er auch gegen diesen bemerkt[5]), grundsätzlich sei jedenfalls daran festzuhalten, daß Gegenstand der hypothekarischen Belastung das Grundstück, nicht dessen Wert sei, so erscheint doch auch objektiv nach Predaris Ansicht, nach welcher der Inhalt von Hypothek und Grundschuld auf das Moment der Aneignung des Wertes abgestellt ist, dieser als Gegenstand der Belastung; denn wenn sich der Inhalt von Hypothek und

---

der ganze Wert, sondern der dem Betrage und der Rangstellung der Hypothek entsprechende Wertteil. Auf diesen Wertteil sei das Recht des Hypothekengläubigers beschränkt. — Anklänge an die Werttheorien finden sich auch bei Turnau-Förster (Das Liegenschaftsrecht, 1. Bd., Sachenrecht des BGB., 3. Aufl., Paderborn 1906, Anm. II[5] zu § 1163).

[1]) a. a. O. S. 217, insbes. auch Anm. 16.

[2]) a. a. O. S. 215.

[3]) a. a. O. S. 218.

[4]) a. a. O. S. 214 ff.; vgl. namentlich S. 219: Die Forderung bei der Hypothek konkretisiere und individualisiere dieselbe, bestimme den Inhalt und Umfang des hypothekarischen Rechts.

[5]) a. a. O. S. 219, Anm. 16.

Grundschuld im wesentlichen in der gedachten Wertaneignung erschöpft, andererseits diese beiden Rechte Belastungen sind, (und Predari spricht von Belastung des Grundstücks hinsichtlich der Hypothek und der Grundschuld), was anderes ist dann belastet als der Wert? Wirft man aber hiergegen ein, daß sich nach Predari der Inhalt von Hypothek und Grundschuld nicht in der Wertaneignung im wesentlichen erschöpfe, dann sind seine Definitionen von Hypothek und Grundschuld, welche das Moment der Wertaneignung gänzlich in den Vordergrund stellen, nicht zutreffend.

Wenn Predari sich gegen Oberneck wendet, weil das von diesem akzeptierte System des festen Ranges zu einer Zerlegung des Grundstücks in Wertteile führe,[1]) so ist darauf hinzuweisen, daß nach Predari demnächst bei Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek oder Grundschuld ein Wertteil ausgeschieden wird. „Demnächst" im Sinne von Predari soll hierbei wohl soviel heißen wie „im Zwangsversteigerungsverfahren".

Diese Verschiedenheit des Zeitpunktes der Ausscheidung begründet keine erhebliche Abweichung von der Auffassung Obernecks.

Es kommt hinzu, daß dieser, wie oben erwähnt, Hypothek und Grundschuld ebenfalls als Wertaneignungsrechte — darin völlig in Übereinstimmung mit Predari — bezeichnet.[2])

---

[1]) a. a. O. S. 218, Anm. 16.

[2]) Auch Kretzschmar polemisiert gegen die Wertparzellentheorie (Vorbem. 2 zu § 1163 ff.), bemerkt aber an anderem Orte (a. a. O. Vorbemerkung III zum 8. Abschn.): „Das Grundpfandrecht (hierzu rechnet Kretzschmar, wie oben S. 46 u. 53 ausgeführt, auch die Grundschuld) ist also ein Wertrecht oder, wie zur Vermeidung von Mißverständnissen wohl noch besser gesagt wird, ein Verwertungsrecht." Auch hier scheint also die Annahme eines Wertaneignungsrechts zugrunde zu liegen. Ebenso bei Crome, der das Pfandrecht und die Reallasten als Wertrechte definiert (a. a. O. S. 639 ff., S. 609 ff.; vgl. namentlich S. 639 f. die Worte „sich bestimmte Werte zwangsweise aus dem Pfande zu verschaffen". Crome neigt übrigens auch zu der Theorie von Schuld und Haftung. Er hält (a. a. O. S. 640) das Pfandrecht für Sachhaftung: Es hafte bei ihm eine Sache wie bei der Bürgschaft die Person.

Einen weitgehenden Wertrechtsbegriff stellt (ebenso wie Crome, vgl. Anm. 2 auf voriger Seite), auch Landsberg[1]) auf. Die Hypothek und das Pfandrecht an Fahrnis bezeichnet er als Wertsicherungsrecht (Wertsicherungsrecht wegen der Anlehnung an eine Forderung, obwohl er im übrigen die Hypothek nicht als akzessorisch ansieht)[2]) und die Grundschuld als Wertgewinnungsrecht. Dieses letztere ist mit dem Wertaneignungsrecht Predaris im wesentlichen identisch.

Gegen die Werttheorieen ist zunächst einzuwenden,[3]) daß der Wert nicht Gegenstand eines Rechtes sein kann. Denn der Wert ist lediglich Eigenschaft einer Sache, eine selbständige juristische Existenz neben der Substanz der Sache kann ihm nicht zugesprochen werden. Den eigentlichen Gegenstand des Rechts des Hypotheken- und Grundschuldgläubigers kann nur die Sache selbst bilden. An der körperlichen Sache haften die Rechte dieser Gläubiger, wenn auch anzuerkennen ist, daß für Hypothek und Grundschuld das Grundstück vorzugsweise als Verkörperung des in ihm liegenden Werts in Betracht kommt.[4])

Daß durch die Werttheorien dieser letztere Umstand voll zur Geltung gebracht wird, ist als Gewinn für die Erkenntnis des Wesens von Hypothek und Grundschuld anzusehen. Aber dieser Umstand darf nicht dazu führen, diese beiden Rechte (bzw. auch das Pfandrecht an Fahrnis) unter einen Oberbegriff des Wertrechts zu stellen und damit die Bedeutung des Begriffs des Werts für das Wesen von Hypothek und Grundschuld weit über Gebühr zu überschätzen. Sehr treffend bemerkt Gierke[5]) gegen die Werttheorieen: „Das Grundstückspfandrecht ergreift die Sache in ihrem Wert. Seinen Gegenstand bildet das Grundstück mit zugehörigen körperlichen und

---

[1]) BGB., 2. Hälfte, Berlin 1904, S. 580 ff., S. 735 ff.

[2]) a. a. O. S. 735, 749.

[3]) Gierke a. a. O. S. 857, 604, Kindel, Festg. pp. S. 77; Puntschart, Grundschuldbegriff, S. 75; Sommer a. a. O. S. 30 f., 37; vgl. auch Endemann a. a. O. S. 703, 736.

[4]) Auch bei dem Pfandrecht an Fahrnis geht das Recht des Gläubigers vorzugsweise darauf, sich den in der Sache liegenden Wert zu verschaffen.

[5]) a. a. O.

unkörperlichen Gegenständen. . . . . Sie unterwirft der Herrschaft des Berechtigten zuletzt nicht den Sachkörper, sondern dessen Tauschwert. Doch ist es kein reines Wertrecht, dessen Gegenstand lediglich der als besonderes Rechtsobjekt von der Sache abgeschiedene Wert wäre. Vielmehr ergreift es die Sache selbst und beschränkt nur seine Wirksamkeit auf ihre Eigenschaft der Verwertbarkeit."[1])

Gegen die Anhänger der Wertparzellentheorie ist ferner geltend zu machen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 1113, 1191 von Belastungen des Grundstücks spricht und damit offenbar Belastungen des ganzen Grundstücks, nicht eines Wertteils meint.[2]).

Nun verwahrt sich zwar Oberneck[3]) dagegen, daß nach seiner Theorie Hypothek und Grundschuld nicht am ganzen Grundstück hafteten. Er vertrete nicht die ältere Wertparzellentheorie, sondern eine solche in moderner Form. Das Hypothekenrecht bleibe bei Annahme der Wertparzellentheorie ein dingliches Recht, denn es enthalte nach § 1147 Bürgerlichen Gesetzbuchs eine unmittelbare Herrschaft über das Grundstück insofern, als der Hypothekengläubiger nach Maßgabe des Zwangsversteigerungsgesetzes das belastete Grundstück zum Verkauf und dadurch das Eigentumsrecht des bisherigen Eigentümers zur Vernichtuug bringen könne. Insofern könne man auch bei dieser Theorie von einer Belastung des ganzen Grundstücks sprechen. Aber nicht nur insofern ist das ganze Grundstück belastet, wie Oberneck zu Unrecht annimmt. Es kann hier auf das S. 41 Ausgeführte verwiesen werden. Aus diesem ergibt sich, daß auch noch in andern Beziehungen als in der von Oberneck hervorgehobenen Hypothek und Grundschuld dingliche Rechte sind und das ganze Grundstück belasten. Das tritt bei der Wertteilstheorie Obernecks u. a. nicht genügend hervor.

---

[1]) Vgl. auch Dernburg a. a. O. S. 690, Anm. 4: „Die Auffassung des Pfandrechts als Wertrecht ist weder neu noch zutreffend".

[2]) Dernburg a. a. O. S. 690; Eck a. a. O. S. 310; Kindel, Festg. S. 78; RG. Bd. 60, S. 254.

[3]) In Goldschmidts Zeitschr., Bd. 60, S. 547 f.; in deutscher Notarzeitung 1907, S. 465 ff.; Grundbuchr. S. 649.

Wenn ferner der Wert des Grundstücks durch eingetragene Rechte erschöpft ist, und dennoch Eintragung z. B. einer Hypothek erfolgt, kann man dann noch von einer Hypothek als einem Wertrecht sprechen?[1])

Hiergegen wirft zwar Oberneck ein:[2])

Es könne infolge ungünstiger wirtschaftlicher Konjunkturen auch eine erstklassige Hypothek wertlos werden, so daß es überhaupt nicht darauf ankommen könne, ob der Wertsteil bei Hypothek und Grundschuld objektiv einen Wert habe. Es genüge, daß bei der Hypothekenbestellung vereinbartermaßen ein ausreichender Wert von dem Beteiligten angenommen werde. Hiernach ist also die Hypthek unter Umständen ein Recht an einem imaginären Wertsteil! Es ist aber überhaupt zu bestreiten, daß, wie von Oberneck wiederholt hervorgehoben wird,[3]) die Beteiligten bei Bestellung einer Hypothek davon ausgehen, daß für den Gläubiger durch Bestellung der Hypothek ein bestimmter Wertsteil des Grundstücks ausgeschieden und ausschließlich als ein zur Befriedigung dienendes Aneignungsobjekt bestimmt werde; Auffassung des Verkehrs ist es vielmehr, daß dem Gläubiger das ganze Grundstück verhaftet wird.[4])

Eine Hauptstütze für die Wertparzellentheorie ist namentlich bei Oberneck[5]) der Umstand, daß das Bürgerliche Gesetzbuch (wie behauptet wird) das System des festen Ranges anerkannt und das Prinzip des Vorrückens der nachstehenden Hypothekengläubiger verworfen habe. Oberneck führt in dieser Beziehung aus:[6]) Das Prinzip des festen Ranges müsse in seinen Konsequenzen zur Wertparzellentheorie führen, und im Grundbuchrecht:[7]) „Von dem System des festen Ranges aus gelangt man ohne weiteres zu der Theorie der Wertteile oder zu der sogen. Wertparzellentheorie.“ Vgl. übrigens auch Gierke[8])! „Anders (gemeint von Gierke bezüglich der Richtigkeit der Werttheorie) verhielt es sich, wenn das System der festen Stellen („Lokusprinzip“) durchgedrungen wäre.“

---

[1]) Dernburg a. a. O., Eck a. a. O. [2]) Grundbuchr. S. 650.
[3]) Grundbuchr. S. 644; bei Gruchot, Bd. 47, S. 307.
[4]) Vgl. hierzu Puntschart, Grundschuldbegriff S. 75.
[5]) Grundbuchr. S. 638 ff. [6]) Bei Gruchot, Bd. 50, S. 554.
[7]) S. 649. [8]) a. a. O. S. 858.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat aber weder das Prinzip des Vorrückens nachstehender Hypothekengläubiger verworfen, noch, was damit eng zusammenhängt,[1]) das System des festen Ranges akzeptiert, auch nicht einmal, wenn man dieses in dem von Oberneck eingeschränkten Sinne auffaßt; Oberneck bemerkt nämlich:[2]) „Unter dem System des festen Ranges im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht die formelle Lokustheorie zu verstehen — nur diese haben die Motive abgelehnt — sondern das materiellrechtliche Prinzip, daß der Hypothekengläubiger an den durch die Eintragung festbestimmten Rang gebunden bleibt."

An dieser Hauptstütze soll die Wertparzellentheorie daher hier vorzugsweise angegriffen werden, obwohl es nicht einmal feststeht, daß die Annahme des Systems des festen Ranges notwendig zur Wertparzellentheorie führt.[3])

Es ist nun zunächst nicht zweifelhaft, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch eine ausdrückliche Bestimmung, welche dieses System statuieren würde, nicht vorhanden ist. Das hat aber aus einem schon wiederholt angegebenen Grunde (vgl. z. B. S. 29) nichts auf sich, obwohl bei der Annahme dieses Systems durch das Bürgerliche Gesetzbuch die Aufstellung einer ausdrücklichen Vorschrift nahe gelegen hätte, weil die meisten deutschen Landesgesetze, insbesondere auch das preußische Eigentumserwerbsgesetz dieses System, zum Teil durch ausdrückliche Bestimmungen, verworfen haben,[4]) und es ebensowenig für das römische Recht galt.

Darauf, daß die Motive[5]) dieses System nicht anerkennen, legen wir ebenfalls kein Gewicht, weil durch die Ausgestaltung der Eigentümerhypothek in der Kommission zweiter Lesung sich eine veränderte Sachlage ergeben hat; durch die weite Ausdehnung der Fälle der Eigentümerhypothek im Entwurf II bezw. im Bürgerlichen Gesetzbuch ist zweifellos das Vorrücken der nachstehenden Gläubiger erheblich eingeschränkt

---

[1]) Oberneck im Grundbuchr. S. 643.

[2]) In Goldschmidts Zeitschr., Bd. 60, S. 547.

[3]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 736, der die Wertparzellentheorie ablehnt, aber das System des festen Ranges für das BGB. verteidigt.

[4]) Vgl. Mot. S. 736 f. (Mugdan S. 411 f.). [5]) a. a. O.

worden, wie u. a. auch das Reichsgericht, das den Standpunkt Obernecks durchaus nicht teilt, in der bereits zitierten Entscheidung[1]) hervorgehoben hat. Die Ablehnung des Systems des festen Ranges und die Beibehaltung des Prinzips des Vorrückens nachstehender Gläubiger ist aber aus dem materiellen Inhalt des Gesetzes zu folgern, schon aus der Art und Weise, wie das Bürgerliche Gesetzbuch die Eigentümerhypothek regelt. Diese Regelung ist eine durchaus kasuistische, die Fälle der Eigentümerhypothek werden einzeln aufgeführt.[2]) Auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch sind trotz des Ausbaus der Eigentümerhypothek noch Fälle vorhanden, in denen ein Vorrücken stattfindet.[3])

Hierzu gehört außer einigen Fällen bei der Gesamthypothek, welche allerdings wenig in Betracht kommen, weil bei ihnen die Rechtslage eine ganz besondere ist,[4]) der Fall, daß eine Hypothek (oder Grundschuld) wegen Mängeln der dinglichen Einigung oder Eintragung für den Gläubiger nicht zur Entstehung gelangt.

Allerdings wird zu der weit überwiegend in der Literatur geteilten Auffassung[5]) für den Fall, daß Mängel der dinglichen

---

[1]) Bd. 60 S. 254.

[2]) Biermann a. a. O., Anm. 6 zu § 1163; Dernburg, Sachenr., S. 729; RG. a. a. O.

[3]) Vgl. auch Jäkel bei Gruchot Bd. 50, S. 603.

[4]) Vgl. über diese Fälle Oberneck, Grundbuchrecht S. 647; wie schon im Text angedeutet, legen wir auf diese Fälle keinen großen Wert; Oberneck mißt ihnen für die vorliegende Frage keinerlei Bedeutung bei. Das Gleiche wie bezüglich dieser Fälle der Gesamthypothek gilt bezüglich des § 1178 BGB.

[5]) Böhm, Das materielle und formelle Grundbuchr., Hannover 1898, Anm. 4 zu § 1163; Eck-Leonhard a. a. O. S. 298, auch Anm. 2; Endemann a. a. O. S. 738, Anm. 11; Hachenburg, Vortr. S. 530, Beitr. S. 15 f.; Gierke a. a. O. S. 926, Anm. 29; Kober a. a. O. Anm. II, 1 zu § 1163; Kretzschmar a. a. O. Anm. 1d zu § 1163; Männer, Das Sachenr. des BGB, 2. Aufl., München 1906, S. 399, Anm. 3; Meisner, Das Sachenr. des BGB., Breslau 1901, Anm. 2 zu § 1163; Mittelstein, Das Hypothekenr. des BGB., Hamburg 1898, S. 102, Anm. 1; Müller u. Meikel, BGB., 1. Bd., 2. Aufl., München 1904, S. 898; Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 1163; Predari a. a. O. S. 225 f., S. 296 f.; Turnau-Förster a. a. O. Anm. II, 1 zu § 1163; RG. Bd. 60, S. 254; vgl. ferner die bei Oberneck S. 664, Anm. 11, zit. Entsch. des Kammerger. u. des Oberlandesger. Königsberg, ferner die bei Kober a. a. O. Anm. II, 1β zu § 1163 angef. Entsch.

Einigung vorliegen, die Entstehung einer Eigentümerhypothek (bzw. Eigentümergrundschuld) verteidigt.[1]) Oberneck[2]) nimmt sogar auch bei Nichtigkeit der Eintragungsbewilligung mit gewissen Einschränkungen Entstehung einer Eigentümerhypothek an.

Für uns folgt die Richtigkeit der herrschenden Ansicht schon aus dem oben erwähnten Umstande, daß das BGB. in dem § 1163 ff. die Fälle, in denen eine Eigentümerhypothek entsteht, kasuistisch und offenbar erschöpfend geregelt hat.[3]) Was im übrigen Oberneck u. a. zur Begründung ihrer abweichenden Auffassung anführen, ist nicht überzeugend.

Man stützt sich auf § 1196 BGB.[4]) Hiernach genügt zur Bestellung der Eigentümergrundschuld die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn eingetragen werde, und Eintragung unter Zuhilfenahme von § 140 BGB. deutet man nun für den Fall, daß die Einigung Mängel aufweist, die Erklärung des Eigentümers, Hypothek oder Grundschuld für einen andern zu bestellen, in die Erklärung auf Eintragung einer Eigentümerhypothek bzw. Eigentümergrundschuld um und läßt, da ja diese Erklärung des Eigentümers auch der Eintragung nachfolgen könne, eine Eigentümerhypothek entstehen.

Indessen wird häufig die Absicht des Eigentümers, der erfährt, daß der Hypotheken- oder Grundschuldbestelluugsvertrag nichtig (oder anfechtbar) ist, nicht dahin gehen, nunmehr die Belastung als Eigentümerhypothek bzw. Eigentümergrundschuld aufrecht zu erhalten, vielmehr wird er häufiger oder wenigstens ebenso häufig dann überhaupt keine Belastung seines Grundstücks entstehen lassen wollen.

Vor allem aber ist diese Umdeutung deshalb unzulässig,

---

[1]) Bruck a. a. O. S. 165 ff.; Fuchs a. a. O. Vorbem. 5 zu den §§ 1163—1177, Anm. 5 zu § 1196; Dernburg, Sachenr. S. 730 f.; Goldschmidt im Arch. f. bürg. R. Bd. 20, S. 29 ff.; Kindel, Festg. S. 103; Oberneck, Grundbuchr. S. 663 ff.; Willenbücher, Anm. 4b zu § 1163 a. a. O.

[2]) Grundbuchr. S. 647, S. 668.

[3]) Hierzu namentlich Biermann a. a. O., Anm. 6 zu § 1163.

[4]) Bruck a. a. O. S. 167; Fuchs a. a. O. Vorbem. 5 zu §§ 1163 bis 1177; Oberneck, Grundbuchr. S. 665.

weil es sich in § 1196 um die Erklärung des Eigentümers, für sich Grundschuld zu bestellen, handelt, während die ursprüngliche Erklärung dahin lautet, daß für einen anderen Hypothek bestellt werde.[1])

Es wird ferner darauf hingewiesen, daß, wenn man der herrschenden Ansicht folge, sich der Zeitpunkt schwer feststellen lassen würde, in dem die nachstehenden Realgläubiger aufrücken würden, da die Einigung nach der Eintragung, und zwar in unbestimmter Frist erfolgen dürfe.[2])

Ferner sei es unbillig und unkonsequent,[3]) daß der Eigentümer einrücke, falls z. B. bei einer Hypothek für ein Darlehn eine Einigung zustande gekommen, das Darlehn aber noch nicht gegeben, und daher die Forderung noch nicht entstanden sei, daß aber dieses Einrücken nicht stattfinde, wenn die Darlehnshypothek ohne vorangegangene Einigung überhaupt erst in der Erwartung, daß das Grundstück beliehen werden solle, bestellt worden sei.

Es werde auch vielfach nicht zu erkennen sein,[4]) ob das Schuldverhältnis allein oder auch der dingliche Vertrag infolge von Willensmängeln nichtig (oder anfechtbar) sei. Fuchs gibt aber selbst zu, daß die Schwierigkeiten, zu denen die herrschende Ansicht führt, nicht entscheidend sein dürften, und was die Billigkeitserwägungen anbetrifft, auf Grund deren Dernburg u. a. zu einer analogen Ausdehnung der Fälle der Eigentümerhypothek auf den besprochenen Fall gelangen, so macht Planck[5]) zutreffend auf die Unbilligkeiten aufmerksam, welche sich bei Annahme der von uns bekämpften Ansicht ergeben würden. Wenn z. B. der Eigentümer, der ohne Wissen des Gläubigers die Eintragung der Hypothek bewirkt hat, nach Eintragung den Abschluß der Einigung verweigert, dann würde er nach der bekämpften Ansicht die Hypothek oder Grundschuld erwerben.

Daß derjenige, der eine Nachhypothek erwirbt, weil er darauf baut, daß er die vorstehende Post als unrichtig be-

---

[1]) Biermann a. a. O.; Gierke a. a. O. S. 926, Anm. 29; Kober a. a. O. Anm. II, 1 β zu § 1163; Planck a. a. O., Anm. 2, zu § 1163.

[2]) Bruck a. a. O. S. 168; Fuchs a. a. O. [3]) Fuchs a. a. O.

[4]) Dernburg, Sachenr. S. 731; Fuchs a. a. O. [5]) a. a. O.

seitigen und an deren Stelle rücken könne, ein illoyaler Gläubiger und ein Spekulant sei, wie Dernburg[1]) behauptet, ist nicht[2]) einzusehen.

§ 868 ZPO. beweist nichts[3]) gegen die herrschende Ansicht. Es handelt sich hierbei um eine Vorschrift, welche für einen besonderen Fall ausdrücklich Entstehung einer Eigentümerhypothek vorschreibt.

Einen eigenartigen Versuch, das Vorrücken der nachstehenden Gläubiger in dem streitigen Falle zu begründen, macht Crome.[4]) Er konstruiert einen nach der Parteiabsicht zu vermutenden Rangvorbehalt. Das Vorrücken sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein Eigentümerpfandrecht entstehe, sondern zufolge der übereinstimmenden Annahme der Parteien bei späteren Pfandbewilligungen, daß die von dem nichtigen Pfandrecht eingenommene Stelle besetzt sei. Das kommt im wesentlichen auf die Annahme Obernecks hinaus, daß bei der Bestellung der Hypothek der Gläubiger nach dem Willen der Parteien auf eine bestimmte Wertquote beschränkt werde. Vgl. hiergegen S. 60 f.

Die bekannte Äußerung in den Protokollen,[5]) welche eine Eigentümerhypothek in dem hier fraglichen Falle nicht entstehen lassen will, weil darin eine Überspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek liegen würde, wird von uns zur Rechtfertigung der herrschenden Ansicht nicht herangezogen.

Denn da die Auffassung der Kommission zweiter Lesung, wie einzelne Äußerungen dartun, den Werttheorieen nahesteht, so hätte sie konsequenter Weise auch bei Mängeln der dinglichen Einigung die Eigentümerhypothek entstehen lassen müssen.

Vgl. z. B. von solchen den Werttheorieen nahestehenden Äußerungen der Protokolle:[6]) „Es werde demgemäß ein bestimmter Wertsteil des Grundstücks ausgeschieden und dem Gläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung zur Verfügung gestellt, sei dieser Zweck erreicht, der Gläubiger aus dem

---

[1]) Sachenr. S. 730, Anm. 3.
[2]) So auch Gierke a. a. O. S. 926, Anm. 29.
[3]) Das ist ebenfalls gegen Dernburg a. a. O. S. 731 zu bemerken.
[4]) a. a. O. S. 740. [5]) II, S. 4486 (Mugdan S. 844).
[6]) S. 4532 (Mugdan S. 858).

Grundstück befriedigt, so sei das hypothekarische Recht seinem Inhalt nach erschöpft."

Ferner:[1]) „Die Kommission sei von der Auffassung ausgegangen, daß bei der Gesamthypothek die Ausscheidung der Wertsteile" . . . . .[2])

Ist somit im Bürgerlichen Gesetzbuch das Prinzip des Vorrückens nachstehender Gläubiger festgehalten und das System des festen Ranges verworfen,[3]) so ist andererseits der Wertparzellentheorie zuzugeben, daß sich außer den von uns angegebenen Fällen wenige für das Bürgerliche Gesetzbuch finden lassen werden, in denen ein Vorrücken noch stattfindet, und daß sich daher das Bürgerliche Gesetzbuch durch die Ausgestaltung der Eigentümerhypothek dem System der festen Stellen und der wertrechtlichen Struktur der Grundkreditrechte genähert hat, wie Gierke[4]) zutreffend bemerkt, zumal auch durch den nach Bürgerlichem Gesetzbuche zulässigen Rangvorbehalt ein ganz ähnlicher Erfolg wie durch das System des festen Ranges erreicht werden kann.[5])

Ein ähnlicher Gedanke wie der bei Gierke ausgesprochene schwebt wohl auch Fuchs vor, der ausführt:[6]) Die Hypothek hafte rechtlich am Grundstück, nicht an einer Wertparzelle, aber faktisch werde sie durch die Anerkennung der Eigentümerhypothek auf die ursprüngliche Wertquote beschränkt.

Auch Predari[7]) sagt im gleichen Sinne: Ein Nachrücken der Gläubiger sei durch die Ausgestaltung der Eigentümerhypothek im Bürgerlichen Gesetzbuch nahezu ausgeschlossen.

Sehr richtig bemerkt Leonhard:[8]) Das Bürgerliche Gesetzbuch habe zwar das System der festen Prioritäten nicht angenommen, sondern das altrömische System des Nachrückens beibehalten. Dabei habe es aber die römische Regel durch

---

[1]) S. 4545 (Mugdan S. 864).

[2]) Vgl. auch S. 4665 (Mugdan S. 888) und die bei Turnau-Förster a. a. O. Anm., II, 5 zu § 1163 zit. Stellen.

[3]) So ausdrücklich übrigens Fuchs, Vorbem. 6 zu §§ 1163—1177; Leonhard a. a. O. S. 298, Anm. 2; Gierke a. a. O. S. 855; Kindel, Festg. S. 77 f.; Predari a. a. O. S. 218 f.

[4]) a. a. O. S. 858. [5]) Vgl. hierzu Gierke a. a. O.

[6]) Vorbem. 4 zu §§ 1163—1177. [7]) a. a. O. S. 219.

[8]) a. a. O. S. 310, Anm. 1.

so viele Ausnahmen durchlöchert, daß es nicht unbegreiflich sei, wenn Oberneck in den Ausnahmen die Regel sehe. Das sei aber nicht mehr Auslegung, sondern unzulässige Gesetzesverbesserung. Die Macht der Gewohnheit sei stark genug gewesen, das Bürgerliche Gesetzbuch von der Anerkennung des Systems des festen Ranges abzuhalten.

Oberneck[1]) legt auch selbst dar: Formellrechtlich sei das Bürgerliche Gesetzbuch (bezüglich des Vorrückens nachstehender Gläubiger ist von ihm gemeint) in den alten Schulbegriffen des gemeinen Rechts stecken geblieben und habe sich dadurch gezwungen gesehen, auf den gewundenen und zum Teil schwer erkennbaren Pfaden der Eigentümerhypothek das neue Recht durch Aufnahme des Systems des festen Ranges dem Verkehrsleben anzupassen.

Aber nicht nur formellrechtlich, sondern auch materiellrechtlich ist das Bürgerliche Gesetzbuch, wie ausgeführt worden ist, in diesen Schulbegriffen stecken geblieben, und das System des festen Ranges ist nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden.

Auch die praktisch wichtigen Folgerungen, welche die Vertreter der Werttheorieen gezogen haben, stehen mit dem System des Gesetzes nicht im Einklang. Diese Folgerungen treten namentlich bei folgenden Fragen hervor, welche die Judikatur, auch die des Reichsgerichts, lebhaft beschäftigt haben.

1. Kann der Eigentümer über die Eigentümerhypothek bzw. Eigentümergrundschuld ohne seine vorherige Eintragung als Gläubiger grundbuchmäßig verfügen? Kann die Pfändung einer Eigentümerhypothek ohne diese Eintragung erfolgen?
2. In welcher Art und Weise erfolgt die Pfändung einer Eigentümerhypothek?
3. Ist die Pfändung einer künftigen (eventuellen) Eigentümerhypothek vor dem Übergange auf den Eigentümer (im Grundbuche) eintragungsfähig?

Zu 1. Vom Standpunkte ihrer Werttheorieen aus, nach welchen auch die Eigentümerhypothek ein Wertrecht ist, halten

[1]) Grundbuchr. S. 648.

Oberneck,[1]) Turnau-Förster[2]) und Willenbücher[3])[4]) es zu Verfügungen des Eigentümers über die Eigentümerhypothek und zur Pfändung derselben für ausreichend, daß der Eigentümer als solcher eingetragen ist, und verneinen für diese Fälle die Anwendung des § 40 GBO.

Dadurch wird aber der Zweck dieser Vorschrift vereitelt, welche dem Grundbuchamt die Legitimation erleichtern soll. Gerade bei der Eigentümerhypothek ist ungewiß, wer in dem maßgebenden Zeitpunkte der Berechtigte ist.[5]) Für Briefhypotheken kommt allerdings die Erleichterung des § 40 Abs. 2 GBO. in Betracht.

Zu 2. Nach Oberneck[6]) und Willenbücher[7])[8]) soll als Konsequenz ihrer Theorie die Pfändung der Eigentümerhypothek nicht gemäß §§ 857 Abs. 6, 829 f. ZPO., sondern durchweg gemäß § 857 Abs. 2 ZPO. lediglich durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer erfolgen.

Durch diese Auslegung wird aber die Bedeutung der §§ 857 Abs. 6, 829 f. ZPO., welche für die Eigentümerhypothek und die Eigentümergrundschuld keine Ausnahme zulassen, gewaltsam eingeschränkt. Nur für den Fall, daß die Eigentümerhypothek dem gegenwärtigen Eigentümer des Grundstücks zusteht, ist § 857 Abs. 2 ZPO. zur Anwendung zu

---

[1]) Grundbr. S. 652 ff.; bei Gruchot Bd. 50, S. 558 ff.

[2]) a. a. O. Anm. II, 5 zu § 1163.

[3]) a. a. O. Anm. 7, 9, 1 zu § 1163.

[4]) Vgl. auch Hirsch a. a. O. S. 246. Auch solche, welche nicht Anhänger einer Werttheorie sind, vertreten diese Ansicht Obernecks u. a.; vgl. die bei Kober a. a. O. Anm. II, 3 b γ zu § 1163 und bei Planck a. a. O. Anm. 4 zu § 1177 zit. Schriftst. und Entsch.

[5]) Vgl. hierzu namentlich Kober a. a. O. Anm. II, 3 b γ zu § 1163; Biermann a. a. O. Anm. 1 zu § 1177; Kretzschmar a. a. O., Vorbem. 4 zu § 1163 ff. und die dort. Zit.; Planck a. a. O. Anm. 4 zu § 1177, Entsch. des RG. Bd. 61, S. 374 ff. vom 18. Oktober 1905, welche sich allerdings zunächst auf die Pfändung einer eventuellen Eigentümerhypothek bezieht, analog aber auch für die hier fraglichen Fälle gilt (hierzu Kretzschmar a. a. O. u. S. 378 der Entsch. Näheres über diese Entsch. später).

[6]) Grundbuchr. S. 657 ff.; bei Gruchot Bd. 50, S. 558 ff.

[7]) a. a. O. Anm. 9 zu § 1163.

[8]) Weitere Vertreter dieser Ansicht bei Planck a. a. O. Anm. 5 zu § 1177.

bringen. Denn in diesem Falle ist ein Drittschuldner nicht vorhanden.[1])

Zu 3. Bei der Frage, ob die Pfändung einer künftigen (eventuellen) Eigentümerhypothek vor dem Übergange auf den Eigentümer eintragsfähig sei, zeigt sich, daß die Auffassung Obernecks,[2])[3]) der auf Grund seiner Theorie zur Bejahung dieser Frage gelangt, zu unpraktischen Ergebnissen führt.[4]) Das Reichsgericht hat in seiner wichtigen Entscheidung Band 61 S. 374 ff. ausgeführt, daß die künftige Eigentümerhypothek nur eine (nach § 857 Abs. 2 ZPO. pfändbare) Anwartschaft sei, und daß die Eintragung der Pfändung dieser Anwartschaft nicht zulässig sei, weil vor Eintragung der Pfändung der Berechtigte gemäß § 40 GBO. eingetragen werden müßte, dies aber nicht möglich sei, weil der Berechtigte noch nicht endgültig feststehe.

Weiter führt das Reichsgericht aus, daß durch Eintragung der Pfändung derartige Anwartschaften, die noch keinen endgültig Berechtigten zum Subjekt hätten und ganz unbestimmte Rechte seien, Verwirrung in das Grundbuch hineingetragen werden würde.

Diesen Gründen, durch welche sich allerdings das Reichsgericht im Gegensatz zu der Auffassung des Bayrischen Obersten Landesgerichts, des Kammergerichts und mehrerer Oberlandesgerichte gestellt hatte,[5]) ist durchaus beizutre-

---

[1]) Vgl. hierzu namentlich Kober a. a. O. Anm. IV, 1 zu § 1163. Gegen Oberneck und Willenbücher noch: Biermann a. a. O. Anm. 7 zu § 1163; Kretzschmar a. a. O., Vorbem. 5 zu dem § 1163 ff.; Plank a. a. O. Anm. 5 zu § 1177 und die dort zit. RGE. Bd. 55 S. 378 ff., Bd. 56 S. 10 ff., 184 ff., Bd. 59 S. 313 ff.

[2]) Bei Gruchot, Bd. 50, S. 576 ff.

[3]) Vgl. auch Du Chesne im „Recht", 1905, Sp. 644 f.

[4]) Vgl. auch Dernburg, Sachenr. S. 726; Kretzschmar, Vorbem. 5 zu § 1163 ff.; Planck, Anm. 4b zu § 1177, bei denen diese Frage verneint wird.

[5]) Vgl. die einzelnen Entscheidungen bei Oberneck in Gruchot Bd. 50, S. 578, dort auch noch andere Vertreter der Ansicht Obernecks. Bei diesen Entscheidungen war davon ausgegangen worden, daß der Eigentümer als eventueller Inhaber der Hypothek anzusehen sei. Inzwischen hat sich u. a. das KG. der Ansicht des RG. angeschlossen, vgl. Beschluß vom 18. Januar 1906 in R. J. A. VII, 127.

ten.[1][2]) Die Argumente, welche von Oberneck u. a. gegen die Entscheidung des Reichsgerichts vorgebracht werden, sind nicht überzeugend, schon nicht dem Grundgedanken der Entscheidung gegenüber, daß das Grundbuch vor Verwirrung bewahrt bleiben müsse. Gerade auf dem Gebiete des Grundbuchrechts ist ferner den formellen (Ordnungs-)Vorschriften (für den hier fraglichen Fall kommt § 40 GBO. in Betracht) eine den Bestimmungen des materiellen Rechts gleichkommende Bedeutung beizulegen. Das entspricht ebenso der geschichtlichen Entwicklung, welche in Anlehnung an das deutsche Recht das Grundkreditrecht in enge Verbindung mit den formellen Einrichtungen des Grundbuchs gebracht hat, wie dem das Verkehrsleben beherrschenden Bedürfnis nach Übersichtlichkeit und Klarheit des Grundbuchs.

Kretzschmar[3]) bezeichnet diese Entscheidung des Reichsgerichts mit Recht als einen Markstein für die weitere gedeihliche Entwicklung des Grundbuchrechts; dieser Entscheidung sei es zu danken, daß das Grundbuch vor einer Flut von zwecklosen Eintragungen und damit vor Verwirrung bewahrt geblieben sei.[4])

Unrichtig ist auch der Ausgangspunkt, von dem die Werttheorieen zum großen Teile ausgehen; sie rücken zum großen Teil die Eigentümerhypothek bei der Erklärung von Hypothek und Grundschuld gänzlich in den Vordergrund, das tritt namentlich bei Oberneck hervor; man beachte auch, daß mehrere Autoren bei Erläuterung der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek auch Hypothek und Grundschuld überhaupt für Wertrechte erklären, obwohl sie vorher bei Erörterung der rechtlichen Natur von Hypothek und Grundschuld von diesen als Wertrechten garnicht gesprochen, sondern diese beiden Rechte mit Hilfe der Theorie der Realobligation oder auf andere Weise definiert haben (vgl. Willenbücher, Turnau, Förster S. 55 Anm. 9).

---

[1]) Vgl. auch Dernburg, Sachenr. S. 726; Kretzschmar, Vorbem. 5 zu § 1163 ff.; Planck Anm. 4b zu § 1177.

[2]) Kober a. a. O. Anm. IV, 1 e zu § 1163 will zu Unrecht die Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek nicht zulassen; vgl. auch die dort. Zit.

[3]) a. a. O. Vorwort S. III. [4]) Vgl. auch Dernburg, Sachenr. S. 726.

Nun ist aber die Eigentümerhypothek ein von den normalen Grundkreditrechten ganz abweichendes Rechtsgebilde, was zum Teil von den Anhängern der Werttheorieen selbst hervorgehoben wird;[1]) sie kann also als Ausgangspunkt für die Erklärung der rechtlichen Natur von Hypothek und Grundschuld nicht dienen. In einem ganz analogen Falle, nämlich bei einer Kritik der Ausführungen Hachenburgs, der die Eigentümerhypothek als „unvollkommene Hypothek", als eine „Art Hypothek" ansieht, und von der so definierten Eigentümerhypothek gleichwohl zur Feststellung der Begriffe von Hypothek und Grundschuld zu gelangen sucht, macht v. Schwind[2]) auf das Bedenkliche solcher Beweisführung aufmerksam, vgl. auch Puntschart:[3]) „Wenn der Standpunkt des Wertrechts vertreten wird, so scheint mir der Umstand nicht wenig dazu beigetragen zu haben, daß man sich von dem begreiflichen Bestreben leiten ließ, das Schmerzenskind der Eigentümergrundschuld mit dem Grundschuldbegriff in Einklang zu bringen."

Ein noch umfassenderer Wertrechtsbegriff als bei Crome und Landsberg findet sich bei Kohler.[4])

Er stellt das „Wertrecht" dem „Substanzrecht" gegenüber. Dieses umfasse die Sache in der Allgemeinheit, ja in der Unendlichkeit der wirtschaftlichen Beziehungen, soweit die Sache der Herrschaft des einzelnen unterworfen sei. Das Eigentum sei das Urbild der Substanzrechte, ferner gehörten zu ihm Nießbrauch, Nutznießung, Grunddienstbarkeiten.[5])

Das Wertrecht ziele dagegen darauf ab, der Sache einen Wert oder Vermögensbetrag zu entnehmen. Das Pfandrecht sei das Urbild des Wertrechts, bei dem im übrigen drei Gruppen zu unterscheiden seien; zur ersten gehörten Hypothek und Grundschuld.[6])

Einem Rechtsbegriff jedoch, der nach positivem Recht so heterogene Elemente wie Hypothek (und Grundschuld), das

---

[1]) Vorzüglich Oberneck bei Gruchot, Bd. 50, S. 555, Bd. 47, S. 309: „Die Eigentümerhypothek ist ein Rechtsgebilde sui generis, eine Rechtsfiktion und keine wirkliche Hypothek."

[2]) a. a. O. S. 114 f. [3]) Grundschuldbegriff S. 75 f.

[4]) a. a. O. S. 155 ff. [5]) a. a. O. S. 155.

[6]) a. a. O. S. 157.

Beschlagnahmerecht im Konkurse, die Rechte der Schiffsgläubiger, das Recht des Aktionärs, des Mitgliedes der Genossenschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (in bezug auf das Geschäftsguthaben bzw. den Geschäftsanteil) usw. in sich vereinigt, wie es bei dem Wertrechtsbegriffe Kohlers[1]) der Fall ist, kann Existenzberechtigung nicht zugestanden werden, und ein solcher Rechtsbegriff ist praktisch nicht verwertbar.[2])

Eine eigene Theorie stellt auch Hirsch[3]) auf.

Nach ihm bilden eine „Verwertungsbefugnis" und eine „Surrogationsbefugnis" (zu einem bestimmten Teil) den wesentlichen aus dem Eigentum hergeleiteten Inhalt der Hypothek.[4])

Unter der Verwertungsbefugnis begreift Hirsch die Veräußerungs- und Nutzungsbefugnis hinsichtlich des Grundstücks in ihrer Gesamtheit; diese Verwertungsbefugnis stehe aber dem Hypothekengläubiger nur bedingt zu. Zunächst behalte sie der Eigentümer. Erst wenn der Schuldner den Gläubiger nicht ordnungsmäßig befriedige, verliere der Eigentümer durch die Beschlagnahme des Grundstücks die Verwertungsbefugnis zugunsten des Gläubigers.[5])

Was Hirsch unter Surrogationsbefugnis versteht, geht aus seinen folgenden Ausführungen hervor.

Der Hypothekengläubiger habe nicht nur das Recht auf die Verwertung des Grundstücks, — durch gerichtlichen Verkauf — es sei nicht genug, daß er das Grundstück in Geld umsetzen könne, er habe vielmehr noch das Recht, auf Grund der Hypothek einen Teil des Erlöses für sich zu begehren.

Es bestehe ein allgemeines Surrogationsprinzip bei zwangsweisen Veräußerungen; insbesondere könne es auch nach dem Zwangsversteigerungsgesetz nicht zweifelhaft sein, daß der Eigentümer Subjekt der Forderung gegen den Ersteher auf den durch eine Zwangsversteigerung erzielten Erlös des Grund-

---

[1]) a. a. O. S. 157 ff.

[2]) Ganz ähnlich Isay a. a. O. S. 196, der allerdings der Unterscheidung Kohlers insoweit Existenzberechtigung nicht abspricht, als sich diese Unterscheidung im Gegensatz zwischen Sachhaftung und Sachnutzung erschöpft.

[3]) a. a. O. [4]) a. a. O. S. 226. [5]) a. a. O. S. 223.

stücks sei. Das Recht auf den Erwerb dieser zukünftigen Forderung zu einem ganz bestimmten Teil werde nun durch den Eigentümer für den Gläubiger bei Bestellung der Hypothek begründet.[1]) Während daher die Verwertungsbefugnis stets am ganzen Grundstück realisiert werde, sei die Surrogationsbefugnis von vornherein auf einen dem Umfange und dem Range nach festbestimmten Teil des Erlöses beschränkt.[2])

Hirsch[3]) hält Hypothek und Grundschuld nicht für Pfandrechte und spricht ersterer Akzessorietät zu.

Er opponiert nun (ebenso wie Predari und andere Verfechter der Werttheorieen) gegen Oberneck:[4]) Der Wert des Grundstücks sei nicht juristischer Gegenstand des hypothekarischen Rechts, Objekt der Hypothek sei stets das ganze Grundstück.[5])

Aber seine Surrogationsbefugnis zu einem bestimmten Teil, welche neben der Verwertungsbefugnis den wesentlichen Inhalt der Hypothek bildet, ist im wesentlichen mit dem Wertaneignungsrecht von Oberneck und Predari identisch.

Auch er mißt also wie Oberneck und Predari dem Begriffe des Werts für die rechtliche Natur der Hypothek eine übertriebene Bedeutung bei und macht trotz seiner Verwahrung hiergegen den Wert zum juristischen Gegenstand der Hypothek. Sollten aber objektiv die Ausführungen von Hirsch dahin aufzufassen sein, daß er ein Wertaneignungsrecht nicht annimmt, und daß die Hypothek in der Tat am ganzen Grundstück hafte, dann handelt es sich nicht um eine neue Werttheorie, sondern lediglich um eine stärkere Hervorkehrung des dem Hypothekengläubiger bei der Zwangsversteigerung zustehenden Rechtes auf den Erlös, um eine neue Bezeichnung dieses Rechts und um eine Zerlegung der Befugnisse des Hypothekengläubigers (in „Verwertungsbefugnis“ und „Surrogationsbefugnis“).

Daß nach dem Zwangsversteigerungsgesetz ein Surrogationsprinzip besteht, ist zutreffend.

Auch Du Chesne[6]) leitet die in der Hypothek und (im

---

[1]) a. a. O. S. 224 ff. [2]) a. a. O. S. 227. [3]) a. a. O. S. 234.

[4]) a. a. O. S. 232. [5]) a. a. O. S. 227.

[6]) Sächs. Arch. Bd. 15, S. 157 ff.; Zeitschr. des deutschen Notar-Vereins, Bd. 5, S. 397 ff.; im „Recht“ 1905, S. 644 f.

Gegensatz zu Hirsch) auch die in der Grundschuld enthaltenen Befugnisse vom Eigentum ab.

Er unterscheidet bei den Sachen, insbesondere den unbeweglichen, a) den Gebrauchswert, den man sich dadurch verschaffe, daß man die Sache selbst benütze oder von andern gegen Entgelt benützen lasse, und b) den Tauschwert, den man sich dadurch verschaffe, daß man die Sache gegen Entgelt veräußere.

Die Befugnisse zur Verwendung eines Grundstücks in beiden Beziehungen seien im Eigentume enthalten (also eine ähnliche Unterscheidung wie die in Nutzungs- und Veräußerungsbefugnis von Hirsch).

Der Tauschwert des Grundstücks sei nun, auch bevor er sich im Erlös des Grundstücks verkörpere, ein wirtschaftliches Gut und finde seinen rechtlichen Ausdruck in den Wertrechten an Grundstücken. („Grundrechten", wie sie Du Chesne bezeichnet), d. h. in Hypothek und Grundschuld, und zwar am reinsten in letzterer.[1])

Eine Grundschuld bestellen bedeute, eine Rechtsform für den ganzen Tauschwert des Grundstücks oder für einen Teil davon schaffen. Diese Rechtsform könne aber nur bis zur nächsten Erscheinungsform des Tauschwertes dauern, d. h. bis zu seiner Verkörperung im Erlöse des Grundstücks. Diese werde herbeigeführt durch die Veräußerung des Grundstücks.

Die Grundschuld (des Nichteigentümers) sei demnach das gegenwärtige Recht auf den Tauschwert des Grundstücks oder einen Teil davon, dargestellt durch den künftigen Erlös derselben. Die Durchführung der Veräußerungsbefugnis führe zur Erlangung des entsprechenden Erlösteils.[2])

Eine obligatorische Forderung sei bei der Grundschuld nicht vorhanden. Diese dürfe entgegen der Absicht des Gesetzes auch nicht durch eine Hintertür in die Grundschuld hineingebracht werden. Dagegen liege eine solche obligatorische Forderung der Hypothek zugrunde, diese sei daher ein Doppelrecht.

Während bei der Grundschuld die durch sie gewährte Befugnis dem Berechtigten direkt zustehe und unmittelbar an

[1]) Sächs. Arch. S. 157. [2]) a. a. O. S. 158.

seine Person geknüpft sei, könne der Hypothekengläubiger das Grundrecht nur geltend machen, um sich dadurch Befriedigung für seine obligatorische Forderung zu verschaffen.[1]) Hier ist also „Grundrecht“ in etwas anderem Sinne gebraucht, wie oben, wonach die Hypothek im ganzen das Grundrecht ist. Wenn dann Du Chesne weiter sagt:[2]) „Die Hypothek im weiteren Sinne ist demnach eine obligatorische Forderung, für die ein Pfandrecht an dem Tauschwertsteile eines Grundstücks (Grundrecht) besteht; der zum Pfande bestellte Gegenstand ist nicht mehr wie bei der gemeinrechtlichen Hypothek ein Grundstück, sondern ein ausgeschiedener Teil des Tauschwertes eines solchen, und dieser Teil (Grundrecht) ist nicht ein Pfandrecht am Grundstücke, sondern ein Teil des Grundstücks selbst, angesehen als Gegenstand des Handelsverkehrs“ — so steht das ebenfalls zu dem oben von Du Chesne Dargelegten im Widerspruch, wonach Hypothek und Grundschuld selbst die „Grundrechte“ sein sollen, während nach letzteren Ausführungen der Tauschwertsteil das „Grundrecht“, und die Hypothek eine Forderung ist, für die ein Pfandrecht an diesem Tauschwertsteil besteht.

Die Konstruktionen Du Chesnes dürften jedenfalls als gekünstelt zu bezeichnen sein. Im Gesetz findet sich für sie kein Anhalt, Du Chesne führt auch einzelne Bestimmungen für seine Ansicht nicht an. Im übrigen wird durch seine Tauschwertsteillehre ebenso wie durch die Theorie Obernecks u. a. das Grundstück in Wertparzellen zerlegt. Es gilt also insoweit ganz Entsprechendes gegen Du Chesne wie gegen Oberneck u. a. Deutlicher noch tritt die Verwandtschaft der Auffassungen beider in dem zitierten Aufsatze Du Chesnes im „Recht“ hervor, wo er allerdings zunächst in bezug auf die Höchstbetragshypothek bemerkt:[3]) „Eine Höchsthypothek an seinem Grundstück bestellen, heißt einen Teil des Grundstückwerts abscheiden und zur Haftung für eine nur dem Höchstbetrage nach bestimmte Forderung bereitstellen.“ Und weiterhin: „Der wirtschaftliche Inhalt aber dieses ius in re

[1]) a. a. O. S. 160.
[2]) a. a. O. und Zeitschrift des deutschen Notar-Vereins S. 400f.
[3]) a. a. O. S. 644.

aliena des Eigentümers (gemeint die Eigentümerhöchsthypothek) ist und bleibt Grundstückswert."

D. Ist die Hypothek „akzessorisch?"

Die Frage, ob die Hypothek[1]) im Gegensatz zur Grundschuld als akzessorisches Recht zu gelten hat, ist für das Bürgerliche Gesetzbuch ebenso wie schon für das frühere Recht eine der bestrittensten Fragen des Hypothekenrechts.

Bei der Erörterung der verschiedensten Theorieen über das Wesen der Hypothek und Grundschuld haben wir schon dargelegt, wie sich die einzelnen Autoren zur Frage der Akzessorietät der Hypothek stellen, dort auch übrigens Ausführungen von Autoren erwähnt, welche die Grundschuld als akzessorisches Recht bezeichnen (vgl. S. 7, 11, 50, 54). Es ergab sich hieraus, daß überwiegend die Hypothek für nicht akzessorisch gehalten wird. Aber auch von anderen Autoren wird häufig die Hypothek für selbständig erklärt, und es kehrt auch bei ihnen vielfach die Wendung wieder, daß die Hypothekenforderung nur den Gläubiger legitimiere.

In diesem Sinne äußert sich Best:[2]) Die Forderung habe nur noch die Bedeutung, als Legitimation für den Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück zu dienen.

Ebenso Böhm.[3])

Er bemerkt noch, daß die Hypothekenforderung den Gläubiger bezeichne, was ebenso wie die von andern aufgestellten Formeln, daß die Hypothekenforderung den Gläubiger individualisiere, konkretisiere, bestimme u. a., auf die angebliche Legitimationsfunktion der Forderung hinauskommt. Ferner wird von Böhm noch hervorgehoben: Die dingliche Belastung sei unabhängig von einer derselben zugrunde liegenden Forderung. Nur für die Entstehung der Hypothek sei die Forderung von Bedeutung.

Endemann[4]) beschränkt die Bedeutung der Hypothekenforderung für das dingliche Recht darauf, daß 1) der Umfang

---

[1]) Hiermit bezeichnen wir, woran hier noch einmal erinnert werden mag, die Verkehrshypothek.

[2]) Das Grundbuch- und Hypothekenrecht des BGB., Gießen 1896, S. 17.

[3]) a. a. O. Anm. VII zu § 1113. [4]) a. a. O. S. 718f.

der dinglichen Haftung durch das im Grundbuch verlautbarte Forderungsrecht genau bestimmt werde, und daß 2) zur Ausübung des Verwertungs- und Befriedigungsrechts nur legitimiert sei, wer Gläubiger des Forderungsrechts, dieses mithin bestimmt sei, das Subjekt zu bezeichnen, dem die Hypothek zustehe; die Forderung bilde jedoch ebensowenig wie bei der Grundschuld die obligatorische Grundlage der Belastung.

Akzessorisch bedeutet hierbei nach Endemann,[1]) daß kraft zwingender Rechtsnorm die dingliche Belastung an dem Bestand des Forderungsrechts gebunden sei, so daß ihre rechtliche Wirksamkeit und ihr sachlicher Umfang maßgebend von dem Forderungsrecht, als der Hauptverbindlichkeit, bestimmt werde, und sie nur mit diesem entstehen könne und mit ihm erlöschen müsse.

Eine wie strenge Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung nach dieser Definition und der Akzessorietät zu verstehen ist, geht daraus hervor, daß Endemann die Zusammengehörigkeit von Hypothek und Forderung auf Grund des § 1153 BGB. (selbst wenn dieser Paragraph ausnahmslos gelten würde) noch nicht als Beweis der Akzessorietät ansieht.[2])

Ganz ähnliche Auffassungen bezüglich der Legitimation der Hypothekenforderung und der Selbständigkeit der Hypothek finden sich bei Leske,[3]) Männer,[4]) Matthias[5]) Mittelstein[6]) und Neumann.[7])

Biermann,[8]) Kober,[9]) Kulenbeck[10]) und Müller und Meikel[11]) halten die Hypothek ebenfalls für selbständig, sie legen der Hypothekenforderung aber nicht die Bedeutung der

---

[1]) a. a. O. S. 726. [2]) a. a. O. S. 726.

[3]) BGB., 1. Hälfte, 1. und 2. Aufl., Berlin 1900, S. 494, 501, 571 f.

[4]) a. a. O. S. 363 f.

[5]) BGB., 2. Bd., 4. Aufl., Berlin 1900, S. 144 f.

[6]) a. a. O. S. 38, 197, Anm. 6.

[7]) BGB., 1. Bd., 3. Aufl., Berlin 1903, Vorbem. B, I zum 8. Abschn., Anm. II, 2 zu § 1163, Anm. 1 zu § 1113.

[8]) a. a. O. Vorbem. 1 zum 8. Abschnitt, Anm. zu § 1113, Anm. 2 zu § 1138.

[9]) a. a. O. Anm. I 2b zu § 1113.

[10]) BGB., 2. Bd., 2. Aufl., Berlin 1903, Vorbem. zum 2. Titel des 8. Abschn., Anm. 5 zu § 1113.

[11]) a. a. O. S. 855.

Legitimation des Gläubigers bei, indessen werden bei ihnen die oben S. 76 erwähnten gleichlautenden Formeln gebraucht.

Eine eigenartige Ausführung über die Akzessorietät der Hypothek findet sich bei Turnau-Förster.[1])

Die Hypothek sei akzessorisch, aber die Belastung, der Bestand der Hypothek sei von der Forderung nicht abhängig. Turnau-Förster billigen die Bemerkung in den Protokollen, wonach die Hypothekenforderung den Gläubiger legitimiere.

Eine vermittelnde Auffassung bezüglich der Akzessorietät vertritt Leonhard.[2])

Die Wahrheit liege in einer Ansicht, die nicht von Regel und Ausnahme rede, sondern die materielle Abhängigkeit der Verkehrshypothek von der Forderung verneine, die formelle bejahe. Die Verkehrshypothek sei abhängig von der Forderung nur nach ihrem Inhalte, nicht nach ihrer Gültigkeit, nur von der Eintragung, nicht von der Existenz der Hauptforderung.

Die Grundschuld sei dagegen nicht einmal formell akzessorisch.[3])

Ist nun in der Tat die Hypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht ein akzessorisches Recht? Kann etwa die Grundschuld des Bürgerlichen Gesetzbuchs als akzessorisches Recht angesehen werden, oder ist die Hypothek akzessorisch und dadurch von der Grundschuld unterschieden?

Es bedarf kaum eines Hinweises darauf und ist unbestritten, daß die moderne Gesetzgebung die Tendenz hat, die strenge Abhängigkeit, in welcher die Hypothek des römischen Rechts zu der Forderung stand, zu lockern. Insbesondere hatte auch die Rechtsentwicklung in Preußen, dessen Gesetzgebung in dieser Beziehung anderen Staaten zum Vorbild gedient hat, seit dem Ende des 17. Jahrhunderts dazu geführt,[4]) der Hypothek[5]) eine gewisse Selbständigkeit zu verleihen.

---

[1]) a. a. O. Anm. 1 und 2 zu § 1113.

[2]) a. a. O. S. 257, Anm. 2 und 3. [3]) a. a. O. S. 318, Anm. 3.

[4]) Vgl. die Darstellung der Rechtsentwicklung bei Dernburg und Hinrichs, Preuß. Hypothekenrecht, Leipzig 1877.

[5]) Wir verstehen hierbei unter Hypothek nicht auch die Grundschuld, welche zuweilen als selbständige Hypothek bezeichnet worden ist und bezeichnet wird.

Schon die landrechtliche Hypothek war nicht streng akzessorisch, die nachlandrechtliche Gesetzgebung ging noch weiter.[1])

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch zeigt sich von dieser Tendenz beherrscht, zweifelhaft erscheint es aber, ob es so weit gegangen ist, daß es die Hypothek in der Tat zu einer im wesentlichen nicht mehr akzessorischen Belastungsform gestaltet und damit die Rechtsentwicklung auf dem Gebiete des Hypothekenrechts zum Abschluß gebracht, oder ob es nicht vielmehr ein Zwischenstadium in der Entwicklung des Immobiliarkreditrechts geschaffen, d. h. die Akzessorietät der Hypothek noch weiter abgeschwächt, im wesentlichen aber doch nicht aufgegeben hat.

Um diese zweifelhafte Frage zu entscheiden, ist es, was an sich selbstverständlich ist, aber doch mit Rücksicht auf die in der Literatur vielfach dem nicht entsprechenden Ausführungen besonderer Hervorhebung bedarf, erforderlich, neben den gegen die Akzessorietät auch die für die Akzessorietät der Hypothek sprechenden Bestimmungen zu voller Geltung kommen zn lassen und die Bestimmungen beider Art sorgfältig gegeneinander abzuwägen.

Weil das Bürgerliche Gesetzbuch sowohl Vorschriften für wie gegen die Akzessorietät in großer Zahl enthält, und die Materialien[2]) sogar widerspruchsvolle Äußerungen bezüglich der Frage der Akzessorietät enthalten, kann man leicht dazu gelangen, auf die Vorschriften der einen oder der anderen Art einseitiges Gewicht zu legen, je nachdem man ein Freund einer fortschreitenden Rechtsentwicklung ist und, der Tendenz der modernen Gesetzgebung entsprechend, eine möglichst selbständige Gestaltung der Hypothek wünscht, oder ein Freund des Hergebrachten und Überkommenen ist und daher an der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung, wie sie für das römische Recht bestand, festhalten möchte.[3])

Notwendig ist es auch, falls nicht der Streit um die Akzessorietät der Hypothek zu einem Streit um Worte werden soll, daß man sich über den Begriff der „Akzessorietät“ einigt.

---

[1]) Vgl. Dernburg, Preuß. Privatr., a. a. O. S. 783 ff.

[2]) Wir kommen auf diese weiter unten näher zurück.

[3]) Vgl. hierzu auch v. Schwind S. 110 f.

Hierüber treten in der Literatur abweichende Ansichten hervor; vergleiche z. B. die von uns angeführte Definition dieses Begriffes bei Endemann (oben S. 77); vergleiche ferner Puntschart, der das angebliche in der Grundschuld vorhandene pfandrechtliche Element akzessorisch nennt, weil das Pfandrecht dem inneren Zwecke nach in Abhängigkeit von einer Schuld stehen müsse, die ja nach Puntschart zweites Element der Grundschuld ist;[1]) auch Wendt[2]) und Lehmann,[3]) die die Grundschuld als ebenso akzessorisch wie die Hypothek bezeichnen, weil ohne eine Obligation auch eine Grundschuld gedacht werden könne, bzw. weil ihr eine Naturalobligation zugrunde liege. Wir bemerken daher ausdrücklich, daß wir unter Akzessorietät eine Abhängigkeit zwischen Hypothek und Forderung in dem Sinne verstehen, wie sie für das römische Recht zwischen Hypothek und Forderung bestand.

Die Gründe, welche von den Anhängern der Selbständigkeit der Hypothek für ihre Ansicht geltend gemacht werden, sind mannigfacher Art.

Man beruft sich[4]) auf die Bestimmungen, wonach die Forderung namentlich bezüglich der Form der Übertragung nach sachenrechtlichen Grundsätzen behandelt wird, und auf die Erstreckung des Publizitätsprinzips auf die Forderung (§ 1138 BGB.), wobei noch besonders hervorgehoben wird, daß nach § 1138 der Gläubiger mit der dinglichen Klage durchdringen, mit der persönlichen dagegen abgewiesen werden könne, so daß Hypothek und Forderung auseinanderfielen.

Fernerhin führt man[5]) die Bestimmungen der §§ 1141, 1146 BGB. an.

---

[1]) Vgl. oben S. 7. [2]) Vgl. oben S. 11. [3]) Vgl. oben S. 54.

[4]) Biermann a. a. O. Anm. 2 zu § 1138; Böhm a. a. O. ebendort; Endemann a. a. O. S. 752, Anm. 7, S. 775, 836 Anm. 19; Hachenburg a. a. O. Beitr., S. 101 ff., 104, Vortr. S. 536 ff.; Kuhlenbeck a. a. O. Vorbem. zum 8. Abschn., Anm. 5 zu § 1113; Leske a. a. O. S. 501, Anmerkung 7; Mittelstein a. a. O. S. 37, 101, 197, Anm. 6; Neumann a. a. O. Anm. II, 2b zu § 1138; Oberneck, Grundbuchr. S. 699 ff.; Kober a. a. O. Anm. I, 2 a γ zu § 1113; Strecker a. a. O.: Die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken, Berlin 1898, S. 15.

[5]) Biermann a. a. O. Anm. zu § 1113; Böhm a. a. O. Anm. 2 zu § 1141; Eck-Leonhard a. a. O. S. 285; Endemann a. a. O. S. 838, Anmerkung 28; Oberneck, Grundbuchr. S. 699.

Nach ersterem Paragraph führt, wenn die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigungsfrist abhängt, eine von dem Gläubiger gegenüber dem persönlichen Schuldner oder eine von diesem an jenen erfolgte Kündigung nicht die Fälligkeit des dinglichen Rechts herbei, die Kündigung ist vielmehr für die Hypothek nur wirksam, wenn sie von dem Gläubiger dem Eigentümer oder von diesem jenem erklärt wird.

Die Hypothek kann also fällig sein, ohne daß es die Forderung ist, und umgekehrt.

Nach § 1146 BGB. ist eine Haftung des Eigentümers für Verzugszinsen statuiert, die weitergehen kann als die des persönlichen Schuldners.[1])

Es wird weiter darauf hingewiesen,[2]) daß die Forderung verjähren könne, ohne daß die Hypothek verjähre, daß diese für eine bedingte, betagte und künftige Forderung bestellt werden könne, und daß der Rang der Hypothek sich lediglich nach sachenrechtlichen Grundsätzen bestimme.

Was nun zunächst den § 1141 BGB. anbetrifft, so läßt sich die Frage aufwerfen, ob hierbei überhaupt auch nur eine Abschwächung der Akzessorietät vorliegt.

Wir verneinen mit Fuchs[3]) diese Frage, weil der Begriff der Akzessorietät nicht erfordert, daß die Fälligkeit von Forderung und Hypothek zu gleicher Zeit eintritt. Auch für die Bürgschaftsschuld können selbständige Kündigungs- und Verzugsvorschriften statuiert werden, ohne daß dadurch ihr akzessorischer Charakter berührt wird.[4])

Dieselbe Frage läßt sich bei § 1138 BGB. aufwerfen. Wir gehen sogar noch weiter und behaupten, daß § 1138 ein Beleg für die Akzessorietät der Hypothek ist. Diese Bestimmung bezweckt, dem gutgläubigen Erwerber einer Hypothek die Belastung zu verschaffen, obwohl z. B. die Forderung untergegangen ist. Denselben Zweck hätte der Gesetzgeber aber auch erreicht, wenn er vorgeschrieben hätte, daß der gut-

[1]) a. a. O. Planck, Vorbem. 2 a zum 8. Abschn.

[2]) Biermann a. a. O.; Endemann a. a. O. S. 753 f., 729; Oberneck, Grundbuchr. S. 698.

[3]) a. a. O. Anm. I 1 a zu § 1141, Anm. 5 c zu § 1113; v. Schwind a. a. O. S. 141.

[4]) Fuchs a. a. O.

gläubige Dritte die Belastung erwerbe, ohne daß ihm aus dem Übergang der Forderung eine Einwendung entgegengesetzt werden könne. Diesen Weg hat der Gesetzgeber nicht gewählt, sondern er fingiert[1]) die Forderung, nimmt also zu einem künstlichen Mittel seine Zuflucht, um dem Dritten die Hypothek zu verschaffen.

Was kann anders der Grund hierfür sein, als daß das Gesetz den Dritten nicht eine Hypothek ohne Forderung, eine selbständige Hypothek erwerben lassen, daß es somit die Akzessorietät der Hypothek aufrecht erhalten wollte? Bezüglich der rechtlichen Konstruktion ist also gerade in § 1138 BGB. der Gedanke zum Ausdruck gekommen, daß die Hypothek akzessorisch sei, wenn auch der Sache nach hier die Forderung wegen der Hypothek besteht, in wirtschaftlicher Beziehung also diese als das Prinzipale erscheint.[2])

Wenn Oberneck bemerkt,[3]) eine fingierte Forderung sei eben keine Forderung, so heißt das die Zulässigkeit der Fiktion als Mittel der Gesetzestechnik bestreiten.

Eine ähnliche Fiktion kannte auch das römische Recht namentlich[4]) für den Fall, daß die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung verjährt war. Es wurde hier eine Naturalobligation für das Pfandrecht fingiert (D. 36. 1. 61. [59.] pr.). Daraus hat aber die herrschende Meinung nicht geschlossen,[5]) [6]) daß die Akzessorietät des Pfandrechts im römischen Recht

---

[1]) Dernburg a. a. O. Sachenr., S. 736 f.; vgl. namentlich die Anfangsworte zu Nr. 2 S. 736; Fuchs a. a. O. Anm. II zu § 1138; Kluger, Die Obligation als Voraussetzung des Pfandrechts pp., Greifswald 1904, S. 25 f.; vgl. auch Krech a. a. O. S. 134, auch Kretzschmar Anm. 1 zu § 1138.

[2]) Vgl. Dernburg, Fuchs und Kluger, wie in voriger Anmerkung angeführt.

[3]) Grundbuchr. S. 701.

[4]) Vgl. über die einzelnen Fälle Windscheid-Kipp, Pandekten, 1. Bd., 9. Aufl., Frankfurt a. Main 1906.

[5]) Vgl. z. B. Dernburg, Pandekten, 1. Bd., 7. Aufl., Berlin 1902, S. 642.

[6]) Im Gegensatz zur herrschenden Meinung im römischen Recht sehen z. B. Schott, Jahrb. f. Dogmat., XV., S. 1 ff., Brinz, Pandekten, 2. Bd., 2. Abt., 2. Aufl., Erlangen 1882, § 348, das Pfandrecht des römischen Rechts nicht als akzessorisch an.

beseitigt sei, während viele § 1138 als ein Hauptargument gegen die Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung verwerten.

Endemann[1]) hält trotz dieser Fiktion das Pfandrecht des römischen Rechts für akzessorisch und erkennt die Zulässigkeit dieser Fiktion an, obwohl auch durch diese die Obligation der Hypothek wegen ebenso wie in § 1138 aufrecht erhalten ist; inkonsequent schließt er aber aus § 1138 auf die Selbständigkeit der Hypothek.[2])

Der Umstand, daß eine Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt werden kann, ist ebenfalls für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht einmal als Abschwächung der Akzessorietät der Hypothek anzusehen.

Denn gemäß den §§ 1163, 1177 entsteht zunächst eine Eigentümerhypothek, also in Wahrheit eine Eigentümergrundschuld.[3]) Erst wenn die Forderung entsteht, erwirbt der Gläubiger eine Hypothek.

Aber auch wenn man davon absieht, daß zunächst eine Eigentümergrundschuld entsteht, würde der erwähnte Umstand nur als eine unerhebliche Minderung der Akzessorietät angesehen werden können. Denn auch ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache kann nach Bürgerlichem Gesetzbuch (§ 1204 Abs. 2) für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt werden, ferner ließ auch das römische Recht ein Pfandrecht für eine künftige oder bedingte Forderung zu, ohne daß die herrschende Meinung darin — ebenso wie in der erwähnten Fiktion des römischen Rechts — eine Beseitigung der Akzessorietät erblickt hätte.[4]) Desgleichen ist auch die Zulässigkeit der Hypothek für eine verjährte Forderung nur eine geringfügige Abschwächung der Akzessorietät. Auch hier ist in gleichem Falle ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache zulässig (§ 223 BGB.), und auch nach römischem Recht ist mit der erwähnten Fiktion ein solches Pfandrecht möglich.

Was dann die übrigen zugunsten der Selbständigkeit der Hypothek angeführten, von uns bereits erwähnten Bestimmungen

---

[1]) S. 754, Anm. 15. [2]) a. a. O. S. 752, Anm. 7.

[3]) Vgl. z. B. Planck a. a. O. Anm. 3c zu § 1163 und Anm. 1 zu § 1177.

[4]) Vgl. Dernburg, Pandekten a. a. O.

anbetrifft, so liegt darin wohl zweifellos eine nicht unerhebliche Minderung der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung, wie auch von denen zugegeben wird, welche an der Akzessorietät der Hypothek festhalten.[1])

Jene Bestimmungen entspringen dem Bestreben, den Realkredit, der ohnehin infolge des Eintragungs-, Publizitäts- und Spezialitätsprinzips auf eine festere Basis gestellt ist als im römischen Recht, zu einem möglichst sicheren zu gestalten, und sind eine notwendige Folge der Verbindung des Grundbuchs mit dem Realkredit.

Daß sie die Akzessorietät nur abschwächen, nicht beseitigen, geht daraus hervor, daß sie auch bei der Sicherungshypothek gelten.[2]) Das gilt übrigens auch von den anderen Vorschriften, die noch für die Selbständigkeit der Hypothek herangezogen und von uns weiter unten noch erörtert werden. Daß aber die Sicherungshypothek ein im wesentlichen nicht selbständiges Recht ist, wird von fast allen besonders betont, die der Verkehrshypothek die Akzessorietät absprechen.

Nur Endemann legt der Sicherungshypothek „halbakzessorischen" Charakter bei,[3]) [4]) was auch folgerichtig erscheint, wenn man die Vorschriften über die Eigentümerhypothek und andere ebenfalls für die Sicherungshypothek geltende Bestimmungen als Beweis für die Selbständigkeit der Verkehrshypothek anführt.

Auch Hachenburg[5]) äußert, daß bei der Sicherungshypothek die Forderung nur die Bedeutung der Legitimation, und die Belastung bei ihr selbständige Existenz habe, er bezeichnet aber andererseits[6]) die Sicherungshypothek mit den Protokollen als „schlechthin abhängig von dem Schicksal der Forderung".

Weitere Vorschriften, die als Beleg für die Selbständigkeit

---

[1]) Dernburg, Sachenr. S. 737 ff.; Kluger a. a. O. S. 20 f.; Krech a. a. O. S. 123; Planck a. a. O. Vorbem. 2 a zum 8. Abschn.; v. Schwind a. a. O. S. 108, 141.

[2]) Nur die §§ 1138, 1141 (1139, 1156) gelten für dieselbe nicht.

[3]) a. a. O. S. 866.

[4]) Endemann bemerkt allerdings, daß, wenn man die Sicherungshypothek vom Standpunkt des Gläubigers betrachte, sie im wesentlichen ein akzessorisches Recht sei (S. 864).

[5]) Vortr. S. 546. [6]) Vortr. S. 549.

der Hypothek benannt werden, stehen mit dem § 1153 in Zusammenhang. Es wird in dieser Richtung zunächst § 1180 BGB. angeführt.[1])

Daß dieser Paragraph die Geltung des § 1153 BGB. einschränkt, werden wir bei Besprechung dieser Bestimmung ausführen, vgl. S. 113 f. Die Akzessorietät der Hypothek aber wird durch ihn nicht in Frage gestellt. Denn die Hypothek besteht in dem Falle des § 1180 keinen Augenblick ohne Forderung, wenngleich diese eine andere ist als die ursprüngliche Forderung.

Die Umwandlung gemäß § 1180 hat man sich nicht als zwei getrennte Akte (Loslösung der Hypothek von der Forderung und Verbindung mit einer anderen), sondern als einen einheitlichen Akt zu denken. § 1180 ist dann ebensowenig eine Durchbrechung der Akzessorietät wie die hypothekarische Sukzession für das gemeine Recht.[2])

Noch weniger als § 1180 kann § 1190 Abs. 4 BGB. als Beleg für die Selbständigkeit der Hypothek herangezogen werden, wie es durch Oberneck[3]) geschieht, da dieser Paragraph sich nur auf die Sicherungshypothek (die ja fast allgemein als durchaus akzessorisch angesehen wird), bezieht.

Auch § 1198 BGB. spricht nicht für die Verselbständigung der Hypothek, wie von Biermann[4]) und Oberneck[5]) behauptet wird.[6])

Denn auch nach § 1198 besteht die Hypothek in keinem Augenblick ohne Forderung. Der rechtlichen Konstruktion nach liegt also sicherlich eine Verselbständigung der Hypothek nicht vor, höchstens, wie man geltend machen könnte, der

---

[1]) Biermann a. a. O. Anm. zu § 1113; Böhm a. a. O. Anm. 1 zu § 1180; Eck-Leonhard a. a. O. S. 277; Endemann a. a. O. S. 729, Anmerkung 56; Hachenburg, Beitr. S. 86 ff.; Kuhlenbeck a. a. O., Vorbem. zum 2. Tit. des 8. Abschn.; Leske a. a. O. S. 494; Männer a. a. O. S. 364; Mittelstein a. a. O. S. 127; Oberneck, Grundbuchr. S. 701; Kober a. a. O. Anm. I 2 a γ zu § 1113; Strecker a. a. O. S. 15.

[2]) Fuchs a. a. O. Anm. I 1 zu § 1180, Anm. 5 a bb zu § 1113, Anmerkung 1 b zu § 1153.

[3]) Grundbuchr. S. 702; auch Leske a. a. O. S. 494.

[4]) a. a. O. Anm. zu § 1113. [5]) Grundbuchr. S. 701.

[6]) Übrigens auch von Planck (Vorbem. 2a zum 8. Abschn.), der aber an der Akzessorietät festhält.

Sache nach insofern, als gemäß dieser Vorschrift eine Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld möglich sei, was darauf schließen lasse, daß die Hypothek von der selbständigen Grundschuld nicht erheblich verschieden, die Akzessorietät also beseitigt sei.

Aber hiergegen wäre einzuwenden, daß durch positive Gesetzesbestimmung die Zulässigkeit der Umwandlung zweier (namentlich durch das Moment der Akzessorietät) wesentlich verschiedener Rechte statuiert werden kann.

§ 1164 BGB., den Oberneck[1]) und Mittelstein[2]) für die Selbständigkeit der Hypothek anführen, ist wie § 1180 nur ein Beleg dafür, daß sich die Hypothek von der ursprünglichen Forderung trennen kann, aber nicht dafür, daß sie ohne Forderung bestehen kann. Denn es tritt, wie wir bei Erörterung dieses Paragraphen darlegen werden, an Stelle der ursprünglichen Forderung die Ersatzforderung des persönlichen Schuldners.

Ein Hauptgrund für die Annahme, daß die Hypothek nicht akzessorisch sei, liegt auf dem Gebiete der Eigentümerhypothek; sie wird vielfach bei der Prüfung der Frage der Akzessorietät in den Vordergrund gestellt;[3]) die Hypothek erlösche nicht, so wird ausgeführt, wenn auch die Forderung getilgt sei, sondern werde zur Eigentümerhypothek; die Hypothek entstehe, obwohl die Forderung noch nicht entstanden sei, als Eigentümerhypothek (§ 1163 BGB.).

Die Eigentümerhypothek ist aber gemäß § 1177 BGB. objektiv und nach der Auffassung des Gesetzes Eigentümergrundschuld, wie wir bei Besprechung der Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld noch eingehend nachweisen werden.

Bei der Entscheidung der Frage, ob die Hypothek akzessorisch ist, kann daher die Eigentümerhypothek nicht von Einfluß sein.

Daß diese (bei Erlöschen oder Nichtentstehung der Forderung) als Eigentümergrundschuld naturgemäß ohne Forderung besteht, beweist gegen die Akzessorietät der Hypothek nicht das geringste.

---

[1]) Grundbuchr. S. 701, Abs. 8. [2]) a. a. O. S. 127.
[3]) Vgl. hierüber noch unten § 9 zu B.

Aber selbst wenn das Bürgerliche Gesetzbuch in § 1177 nicht die Umwandlung der Eigentümerhypothek in eine Eigentümergrundschuld vorgeschrieben hätte, wäre es nicht angebracht, auf die Eigentümerhypothek bei der Prüfung, ob die Hypothek selbständig sei oder nicht, ein besonderes Gewicht zu legen. Denn auch dann wäre sie ein so eigenartiges,[1]) von der normalen Hypothek so verschiedenes und seiner rechtlichen Natur nach so bestrittenes Rechtsinstitut, daß der Schluß nicht zulässig wäre, die bei ihr vorhandenen Merkmale (z. B. Selbständigkeit der Belastung) seien auch bei den normalen Erscheinungsformen der Hypothek vorhanden. Das gilt namentlich gegen Hachenburg und Endemann, die geradezu von der Eigentümerhypothek ausgehen, um die Begriffsmerkmale und die Selbständigkeit der Hypothek festzustellen, und für die die Eigentümerhypothek der Schlüssel zur Erklärung des gesamten Hypothekenproblems ist.[2])

Hachenburg hält dabei die Eigentümerhypothek selbst ihrer rechtlichen Natur nach nicht für eine Hypothek, sondern nur für eine „Art Hypothek", für „passive Gebundenheit",[3]) und Endemann[4]) bemerkt bezüglich der Eigentümerhypothek, sie sei weder Hypothek noch Grundschuld, sondern Eigentumsrecht in der besonders ausgeprägten Gestalt eines Ausschließungsrechts.

Eine so anomale Hypothek soll gleichwohl zur Feststellung der begrifflichen Merkmale der normalen Hypothek dienen!

Gegen Endemann spricht übrigens noch folgendes:

Er hebt bei dem Pfandrecht an beweglichen Sachen hervor,[5]) daß es auch als forderungsentkleidetes Eigentümerpfandrecht (gemäß § 1256 BGB.) bestehen könne.

Wenn nun nach ihm in der Möglichkeit der Entstehung eines forderungslosen Eigentümerpfandrechts bei der Hypothek

---

[1]) Auch für diejenigen, welche die Eigentümerhypothek bei der Prüfung der Frage der Akzessorietät in den Vordergrund stellen, ist die Eigentümerhypothek der rechtlichen Natur nach von der normalen Hypothek durchaus verschieden. (Vgl. den nachfolgenden Text.)

[2]) Endemann a. a. O. S. 733; Hachenburg, Vortr. S. 510 ff., Beitr. S. 7 ff.; hiergegen: v. Schwind a. a. O. S. 114 ff.

[3]) Vgl. Beitr. S. 21, 23, Vortr. S. 524.

[4]) a. a. O. S. 735. [5]) a. a. O. S. 898.

die Selbständigkeit des hypothekarischen Rechts am prägnantesten zum Ausdruck kommt,[1]) und er darin ein Hauptargument für die Selbständigkeit der Hypothek findet, warum geht er nicht bei dem Pfandrecht an beweglichen Sachen von dem forderungslosen Eigentümerpfandrecht aus, und warum erklärt er das Pfandrecht an beweglichen Sachen nicht für selbständig, wozu noch mehr Grund vorläge, da die Umwandlung in ein anderes Recht — wie bei der Hypothek — nicht in Frage kommt? Das Pfandrecht an beweglichen Sachen erklärt er aber für ein im wesentlichen akzessorisches Recht,[2]) ein Beleg dafür, daß die (forderungslose) Eigentümerhypothek schon an sich kein Argument für die Selbständigkeit der Hypothek darstellt, ganz abgesehen davon, daß gemäß § 1177 eine Umwandlung stattfindet.

Wir erblicken in der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek bzw. in § 1177 BGB. einen weiteren Beweis für die Akzessorietät der Hypothek.[3])

Weil das Gesetz den Fortbestand der Hypothek von der Existenz einer Forderung abhängig machen wollte, hat es die Umwandlung der (forderungslosen) Eigentümerhypothek in eine Grundschuld vorgeschrieben. Daß § 1177 nur eine Hilfskonstruktion[4]) sein mag, ändert daran nichts, daß die akzessorische Natur, wenn auch künstlich, aufrechterhalten ist.

Auch der Umstand, daß die persönliche Haftung bei der Hypothek auf das Grundstück beschränkt werden könne, wird gegen die Akzessorietät verwertet.[5])

Aber vorausgesetzt, daß diese Beschränkung überhaupt zulässig wäre, würde dadurch noch nichts für die Selbständigkeit der Hypothek erwiesen sein; denn diese bliebe doch immer mit einer Forderung verbunden, wenn auch mit

---

[1]) a. a. O. S. 733. [2]) a. a. O. S. 895.

[3]) Fuchs a. a. O. Anm. I 1a zu § 1177; Kluger a. a. O. S. 25; Lutz a. a. O. S. 21, Anm. 2; Nowrath: Die akzessorische Natur der Hypothek des BGB., Greifswald 1904, S. 19, 39; Planck a. a. O. Vorbemerkung 2a zum 8. Abschn., Anm. 1 zu § 1177; Turnau-Förster a. a. O. Anm. 2 zu § 1113.

[4]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 730, Anm. 56.

[5]) Biermann a. a. O. Anm. zu § 1113; Böhm a. a. O. Anm. VIII zu § 1113; vgl. auch Hachenburg, Beitr. S. 35 f., Vortr. S. 537 f.

einer Forderung, bei der die Haftung nur das Grundstück, nicht das übrige Vermögen des Schuldners ergreifen würde.

Nicht auf den Umfang der Haftung kommt es aber an, sondern darauf, ob der Hypothek überhaupt eine Forderung zugrunde liegt, von welcher sie abhängt.[1]) Ihren akzessorischen Charakter würde die Hypothek nur dann bei dieser Beschränkung verlieren, wenn unter dieser die Vereinbarung einer Haftung ausschließlich cum viribus fundi zu verstehen wäre, eine persönliche Forderung also überhaupt nicht entstehen sollte. Unter dieser Beschränkung ist aber grundsätzlich nur die Abrede einer Haftung pro viribus fundi zu verstehen; es haftet also der Schuldner in Höhe des Grundstückswertes persönlich.

So halten denn auch Fuchs,[2]) Krech,[3]) Planck[4]) die Beschränkung der Haftung für zulässig, obwohl für sie die Hypothek ein akzessorisches Recht ist.

Es ist übrigens aber auch mit den Motiven[5]) anzunehmen, daß die Beschränkung der Haftung auf das Grundstück überhaupt unzulässig ist, weil sonst „die Grenze zwischen Hypothek und Grundschuld verdunkelt oder gar verwischt würde." Es dürfte auch kaum ein praktisches Bedürfnis für die Zulässigkeit bestehen.

Nicht einzusehen ist, was der Umstand, daß der Hypothek eine abstrakte Forderung zugrunde liegen kann, gegen die Akzessorietät dartun soll.[6])

Von Endemann wird noch folgendes für die Selbständigkeit der Hypothek angeführt:

1. Die Geltendmachung der Hypothek sei,[7]) was die Vorschriften über das Vollstreckungsverfahren anbetreffe, nicht anders gestaltet als die Geltendmachung der Grundschuld, obwohl nach der Definition des § 1113 die Zahlung aus dem Grundstück bei der Hypothek zur Befriedigung wegen einer Forderung erfolgen solle.

Die Geltendmachung des Befriedigungsrechts sei nämlich auch bei der Hypothek rechtlich unabhängig von dem Nach-

[1]) Fuchs a. a. O. Vorbem. 3b z. 2. Tit. des 8. Abschn.
[2]) a. a. O. [3]) a. a. O. S. 111. [4]) a. a. O. Anm. 5 zu § 1113.
[5]) S. 611 (Mugdan S. 341).
[6]) Böhm a. a. O. Anm. VIII zu § 1113 führt diesen Umstand an.
[7]) a. a. O. S. 724 f.

weise des gegenwärtigen Bestehens des im Grundbuch eingetragenen Forderungsrechts, der aus dem Grundstück erzielte Wert trete an die Stelle des Pfandgegenstandes ausschließlich durch die Wirkung der dinglichen Belastung (dingliche Surrogation), und die Zahlung des Erlöses erfolge nur wegen der dinglichen Belastung.

Indessen ist doch das Bestehen der Forderung bei der Hypothek Voraussetzung für die Geltendmachung der Hypothek im Zwangsversteigerungsverfahren, wenn auch für den Bestand der Forderung eine gesetzliche Vermutung spricht.

Daß sich auch in der Zwangsversteigerung Verschiedenheiten zwischen Hypothek und Grundschuld ergeben, werden wir bei der Erörterung des rechtlichen Schicksales, welches Hypothek- und Grundschuldforderung in der Zwangsversteigerung haben, noch näher ausführen. (Vgl. unten § 8.)

2. Der § 416 BGB. mindere[1]) den Eindruck der §§ 1113, 1153 BGB., welche, wie Endemann selbst zugibt, auf eine akzessorische Natur der Hypothek hindeuteten.

Die Tendenz des § 416 BGB. gehe nämlich dahin, den Übergang der persönlichen Forderung für den Fall zu begünstigen, daß das dingliche Recht der Hypothek auf der Passivseite (durch Erwerb des Eigentümers) auf einen anderen übergehe, und zwar sei die Begünstigung darin zu sehen, daß ausnahmsweise Schweigen als Zustimmung gelte.

Das bestätige die Verkehrsanschauung, welche den Wert und die Bedeutung der Hypothek in der dinglichen Belastung erkenne.

Hiergegen wird aber zunächst zu berücksichtigen sein, daß § 416 BGB. andererseits den Übergang der persönlichen Forderung erschwert, indem er eine Mitteilung des Veräußerers fordert, während nach dem allgemeinen Satze des § 415 BGB. auch Mitteilung des Dritten (also auch des Übernehmers), genügen würde. Vgl. ferner die Erschwerungen in § 416 Abs. 2.

Es ist also zweifelhaft, ob in § 416 überhaupt im Gesamtresultate eine Begünstigung des Überganges der persönlichen Schuld vorliegt. Aber selbst diese Begünstigung unterstellt,

[1]) a. a. O. S. 726, Anm. 40.

so würde nur in wirtschaftlichem Sinne die Hypothek als das Prinzipale erscheinen, nicht in rechtlichem.

Denn, (so kann man folgern), weil der Zusammenhang zwischen Forderung und dinglichem Recht ein enger ist, begünstigt § 416 die Vereinigung des dinglichen Rechts auf der Passivseite und der persönlichen Schuld auf eine Person, obwohl diese Vereinigung nicht einmal zum Begriffe der Akzessorietät gehört. Es liegt also ein ähnlicher Vorgang im § 416 vor wie in § 1138, wo ebenfalls die Forderung der Hypothek folgt (und dieser wegen erhalten wird).

Im Einklang mit diesen Ausführungen wird denn auch die Anwendbarkeit des § 416 auf die Grundschuld von Endemann[1]) selbst und von anderen (vgl. § 4 zu D) verneint.

Wäre § 416 ein Beweis für die rechtliche Selbständigkeit der Hypothek, müßte doch Endemann ihn für die Grundschuld gelten lassen.

3. Der Grundbuchrichter habe nicht nachzuprüfen,[2]) ob die Hypothekenforderung wirklich bestehe, weil die Hypothek von ihr nicht abhängig sei.

Auch eine unrichtige Bezeichnung der Forderung beeinträchtige die Wirksamkeit des dinglichen Rechts nicht. Maßgebend für diese Entscheidung sei der Grundsatz, daß die Existenz der Forderung und der angegebene Schuldgrund durch die Eintragung der Hypothek bestätigt würden.

Daß dem Grundbuchrichter die erwähnte Nachprüfung nicht auferlegt ist (Verwerfung des Legalitätsprinzips), ist jedoch nicht deshalb geschehen, weil die Hypothek von der Forderung unabhängig ist, sondern weil die Notwendigkeit der Nachprüfung zu großer Verzögerung der Grundbucheintragungen führen würde. Es handelt sich dabei nur um eine grundbuchrechtliche, aus praktischen Gründen gegebene Verfahrensvorschrift; materiellrechtlich bleibt die Hypothek trotzdem von der Forderung abhängig.

Die Zulässigkeit der Hypothek für eine unrichtig bezeichnete Forderung spricht ebenfalls nicht gegen die Akzessorietät, denn eine Forderung liegt doch jedenfalls der Hypothek zugrunde, wenn erstere auch unrichtig bezeichnet ist.

---

[1]) a. a. O. S. 886, Anm. 10. [2]) a. a. O. S. 727 f.

Der Grundsatz, von welchem Endemann spricht, deckt sich mit dem schon besprochenen § 1138 BGB., der die Akzessorietät nicht durchbricht.

Bei der Erörterung der gegen die Akzessorietät der Hypothek vorgebrachten Argumente sind zum Teil schon jene Bestimmungen hervorgehoben worden, welche positiv die Annahme derselben begründen. Im folgenden wird noch das zusammengestellt, was im übrigen für sie spricht.

Hierzu zählt die äußere Anordnung des Gesetzes bezüglich der Hypothek- und Grundschuldmaterie.[1])

Das Gesetz behandelt Hypothek und Grundschuld in zwei gesonderten Titeln. Dadurch ist doch zum Ausdruck gebracht, daß sich diese beiden Rechte erheblich unterscheiden. Worin aber sollte ein erheblicher Unterschied bestehen, wenn nicht in dem Vorhandensein bzw. Fehlen der Akzessorietät?[2])

Hachenburg[3]) führt die Behandlung in zwei Titel auf die Verschiedenheit des wirtschaftlichen Zwecks der beiden Rechte zurück. Es ist aber nicht anzunehmen, daß für die Anordnung des Stoffes in einem Gesetzbuch der wirtschaftliche Zweck eines Rechts maßgebender sein sollte als die rechtliche Konstruktion, die Grundschuld also in einem gesonderten Titel behandelt wird, obwohl sie rechtlich sich von der Hypothek nur unerheblich unterscheidet. Wir legen aber auf dieses Argument für die Akzessorietät kein großes Gewicht.

Weit stichhaltiger ist § 1153 BGB., welcher mit außerordentlicher Schärfe den akzessorischen Charakter der Hypothek zum Ausdruck bringt,[4]) indem er dingliches Recht und Forderung wechselseitig verkoppelt. Die Ausnahmen von § 1153 (§ 1164, 1180 u. a.) berühren die Akzessorietät nicht, wie schon ausgeführt worden ist.

Eine enge Zusammengehörigkeit von Hypothek und For-

---

[1]) Vgl. v. Schwind a. a. O. S. 113, Anm. 3; Kluger a. a. O. S. 23.

[2]) Vgl. Dernburg, Sachenr. S. 736; Kluger a. a. O. S. 22; v. Schwind a. a. O.

[3]) Vortr. S. 540.

[4]) Bendix, BGB., 2. Aufl., 2. Bd., Breslau 1904, S. 690; Dernburg, Sachenr. S. 737; Fuchs a. a. O. Anm. 1b zu § 1153; Planck a. a. O. Vorbem. 2a zum 8. Abschn.; v. Schwind a. a. O. S. 109, 113; Turnau-Förster a. a. O. Anm. 1—3 zu § 1153.

derung tritt auch in § 1137 BGB. zutage,[1]) da hiernach der Eigentümer schlechthin gegen die dingliche Klage die Einreden aus der Forderung hat. Das wird auch von Endemann[2]) und Kuhlenbeck[3]) anerkannt, die aus § 1137 nicht auf die Akzessorietät der Hypothek schließen.

Wie § 1138 ist auch § 1156 BGB. ein Beweis für die Akzessorietät. Auch durch diese Bestimmung wird die Forderung der Hypothek wegen erhalten (fingiert).[4])

Auch die §§ 1113, 1191 f. werden als Beleg für die Akzessorietät der Hypothek genannt.[5])

Nach ersterem Paragraph ist eine Geldsumme aus dem Grundstücke zur Befriedigung wegen einer dem Gläubiger zustehenden Forderung, nach § 1191 die Geldsumme aus dem Grundstücke schlechthin zu zahlen.

Nach § 1192 finden die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.

Wir legen diesen Vorschriften für die Frage der Akzessorietät noch weniger Bedeutung bei, wie dem Umstande, daß das Bürgerliche Gesetzbuch Hypothek und Grundschuld in zwei gesonderten Titeln behandelt hat.

Denn wie schon eingehend erörtert worden ist, (vgl. S. 29 ff.) sind diese Definitionen unklar und mangelhaft und für die Erkenntnis der rechtlichen Natur von Hypothek und Grundschuld für sich allein betrachtet ohne Wert.

Entgegenzutreten ist aber hiernach, wenn auch einerseits die §§ 1113, 1191 die Behauptung der Akzessorietät nicht unterstützen, andererseits der Auffassung, daß die Entstehungsgeschichte des § 1113 gegen die Akzessorietät der Hypothek spreche und daß die Formulierung des § 1113 im Gegensatz

---

[1]) Meisner a. a. O. Anm. 3 zu § 1138; Planck a. a. O. Vorbem. 2a zum 8. Abschn.; v. Schwind a. a. O. S. 109, 113.

[2]) a. a. O. S. 856.

[3]) a. a. O. Anm. 3 zu § 1137.

[4]) Biermann, Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 1156.

[5]) Planck a. a. O. Vorbem. 2 a zum 8. Abschn.; v. Schwind a. a. O. S. 113.

zu der des § 1062[1]) Entwurf I stehe, aus welchem sich die Akzessorietät der Hypothek ergeben habe.

So führt Hachenburg[2]) aus, der § 1022, Entwurf II (welcher mit § 1113 wörtlich übereinstimmt), habe zum Ausdruck gebracht, daß der Gläubiger bei Nichtexistenz der Hypothekenforderung nicht Zahlung verlangen könne, nicht aber, daß deshalb die Hypothek nicht bestehe. Dagegen habe nach § 1062 Entwurf I die Hypothek nur um der Forderung willen Existenz und Existenzberechtigung gehabt (sei also im Gegensatz zu Entwurf II akzessorisch gewesen).

§ 1062 Entwurf I lautet: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß eine bestimmte Person berechtigt ist, wegen einer bestimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundstück zu verlangen (Hypothek). Die Forderung . . . "

Es ist nicht ersichtlich, warum Hachenburg gerade aus der Fassung des § 1062^{I}, nicht aber aus § 1022^{II} die Akzessorietät herausliest. Beide Formulierungen besagen bei natürlicher Auslegung dasselbe.[3]) Hachenburg gibt auch selbst zu, daß die von ihm aufgestellte Verschiedenheit des § 1062^{I} und des § 1022^{II} „nicht so ganz einfach aus dem Text herauszulesen und ohne Zuhilfenahme der Protokolle und der Vorschriften über die Eigentümerhypothek kaum wahrnehmbar sei."

Die Vorschriften über die Eigentümerhypothek unterstützen aber die Auslegung Hachenburgs nicht (vgl. oben S. 86 f.), und was die Protokolle anbetrifft, so nehmen wir auf unsere Ausführungen S. 29 ff. Bezug und weisen hier noch darauf hin, daß der dort erwähnte Antrag 3 zu § 1062^{I} hauptsächlich die Bedeutung hatte,[4]) die angebliche Selbständigkeit der Hypothek zur Geltung zu bringen. Indem nun die Kommission ausdrücklich bemerkte,[5]) durch die Annahme des Antrags 3 solle der rechtlichen Konstruktion der Hypothek nicht vorgegriffen werden, hat sie mithin unter besonderer Berücksichtigung der Frage der Akzessorietät der Hypothek zum Ausdruck gebracht, daß sie die rechtliche Natur der Hypo-

---

[1]) Dieser enthielt für den Entwurf I die Begriffsbestimmung der Hypothek.

[2]) Beitr. S. 19 f. [3]) Vgl. hierzu Dernburg, Sachenr. S. 736, Anm. 2.

[4]) Prot. II, S. 4359 (Mugdan S. 795). [5]) Prot. a. a. O.

thek nicht definieren solle. Auf diesen Antrag beruft sich also Hachenburg[1]) zu Unrecht. Derselben Ansicht wie Hachenburg bezüglich des angeblichen Unterschiedes von § 1062[I] und § 1022[II] Best,[2]) Leske,[3]) Mittelstein.[4])

Zur Begründung des Antrags 3 hatte allerdings der Antragsteller ausgeführt: „Dem Zuge der modernen Rechtsentwicklung entspreche es deshalb mehr, nicht den Bestand der Hypothek von der Existenz einer persönlichen Forderung abhängig zu machen, sondern der persönlichen Forderung nur die Bedeutung beizulegen, daß sie als Legitimation für den Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück diene."[5])

Um bei dieser Gelegenheit noch auf die Äußerungen der Protokolle zweiter Lesung speziell bezüglich der Frage der Akzessorietät der Hypothek näher einzugehen, so ist zu bemerken, daß diese noch widerspruchsvoller sind, als sonst bezüglich der Frage der rechtlichen Natur der Hypothek, und daß daher auch auf die ersteren Äußerungen noch weniger Gewicht zu legen ist als auf die letzteren.

Es fehlt nicht an Ausführungen der Mehrheit, durch welche der Hypothek im Gegensatz zur Grundschuld akzessorischer Charakter beigelegt wird.

So wird die Schaffung der Verkehrshypothek beispielsweise damit begründet,[6]) daß eine verkehrsfähige akzessorische Buchhypothek für Gebiete mit stark zersplitterten Grundbesitz unentbehrlich sei.

Bei der Beratung über den Antrag, den Absatz 1 des § 1084 I zu streichen, wurde mit Rücksicht darauf, daß die Buchhypothek akzessorischer Natur sei und sich derartig an ein persönliches Schuldverhältnis anlehne, daß sie ihrem Bestande nach von dem Bestehen des persönlichen Schuldverhältnisses abhängig sei, angenommen, daß die Vorschrift des § 1084 Abs. 1 entbehrlich sei.[7])

Die einer Hypothek zugrunde liegende Forderung wird als das wesentliche Moment bei der akzessorischen Buchhypothek bezeichnet.[8])

---

[1]) Vortr. S. 519 f. [2]) a. a. O. S. 16. [3]) a. a. O. S. 502.
[4]) a. a. O. S. 37. [5]) Prot. II, S. 4361 (Mugdan S. 796).
[6]) Prot. II, S. 4312 (Mugdan S. 792). [7]) S. 4441 (Mugdan S. 820).
[8]) S. 4450 (Mugdan S. 823).

Bei der Beratung über den Antrag, die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld für den Fall zu statuieren, daß sich die Hypothek ohne die Forderung mit dem Eigentum in einer Person vereinige, wurde die Annahme des Antrags von der Mehrheit mit dem Bemerken begründet,[1]) daß der Inhalt der Eigentümerhypothek in einer von dem Inhalt der gewöhnlichen Hypothek abweichenden Weise bestimmt werden müßte, da für den Bestand der Hypothek eine Forderung vorausgesetzt werde.[2])

Es wird also die (forderungsentkleidete) Eigentümerhypothek als Grundschuld konstruiert, um nicht die Akzessorietät der Hypothek in Frage zu stellen.

Andere Ausführungen der Protokolle sind indessen geeignet, Zweifel darüber zu erregen, ob nach der Auffassung der Kommission die Hypothek noch ein akzessorisches Recht ist.

So heißt[3]) es gelegentlich der Beratung über die Vorschriften bezüglich der Gesamthypothek:

„Wie aus den Beschlüssen zur Eigentümerhypothek zu entnehmen sei, könne das Recht der Hypothek an sich auch ohne Beziehung auf eine Forderung bestehen; die Forderung habe nur die Bedeutung, daß der Gläubiger durch sie ausschließlich legitimiert werde, die Zahlung der Hypothekensumme aus dem Grundstücke zu beanspruchen. Ihr Wegfall hebe deswegen nicht die Hypothek an sich, sondern nur das Recht des bisherigen Gläubigers der Forderung auf, die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zu verlangen."

Ferner wird bei Beratung der Vorschriften über die Aufhebung der Hypothek und die Eigentümerhypothek bemerkt:[4])

„Die Entwicklung des deutschen Hypothekenrechts habe dazu geführt, daß in einer Reihe von Fällen die Hypothek ihren akzessorischen Charakter abgestreift habe, und es sei nur konsequent, dieser Strömung durch eine allgemeine Vorschrift Ausdruck zu geben.

---

[1]) S. 4734, 4738 (Mugdan S. 852).

[2]) Vgl. auch ebendort die Begründung zu § 1153, Abs. 2.

[3]) S. 4534 (Mugdan S. 859).

[4]) S. 4477 f. (Mugdan S. 841 f.).

Man werde als Regel aufzustellen haben, daß die Hypothek nicht mit der Forderung, für welche sie bestellt ist, erlöschen solle, sondern dem Eigentümer erhalten werde . . . Man werde die richtige Grundlage nur gewinnen, wenn man als gesetzliche Regel ausspreche, daß die Hypothek auch beim Fortfall der mit ihr verbundenen Forderung nicht erlösche."

Bemerkenswert ist weiterhin, daß der Grund, weshalb die Protokolle an einzelnen Stellen sich für die Unabhängigkeit von der Forderung aussprechen, in der Eigentümerhypothek liegt. Diejenigen Äußerungen der Protokolle, in denen die Akzessorietät der Hypothek aufgegeben wird, setzen fast sämtlich bei der Eigentümerhypothek ein. In diesen Äußerungen werden, wie v. Schwind,[1]) der sie dunkel und fast mystisch nennt, zutreffend bemerkt, „der Eigentümerhypothek Opfer gebracht".

Aus der Eigentümerhypothek kann, wie schon ausgeführt (S. 86 ff.), gegen die Akzessorietät der Hypothek nichts hergeleitet werden. Sie ist keine Hypothek ohne Forderung, sondern gemäß § 1177 BGB. Eigentümergrundschuld.

Diese aus der Eigentümerhypothek entnommenen Ausführungen der Protokolle gegen die Akzessorietät der Hypothek erscheinen um so umständlicher, als sie an anderem Orte,[2]) wie kurz vorher erwähnt (S. 96), die Vorschrift, wonach die Umwandlung der (forderungslosen) Eigentümerhypothek in eine Grundschuld statuiert wird, gerade damit begründen, daß für den Bestand der Hypothek eine Forderung vorausgesetzt werde, und als sie fernerhin auch bezüglich der (forderungsbekleideten) Hypothek in der Hand des Eigentümers bemerken,[3]) auch diese Hypothek habe die Natur einer Grundschuld, wenn es auch nicht ausdrücklich statuiert sei; also selbst die Hypothek des Eigentümers soll die Natur einer Grundschuld haben, offenbar, weil man die Konfusion von Eigentum und dinglichem Recht mit der Akzessorietät der Hypothek nicht für vereinbar hielt.

---

[1]) a. a. O. S. 111.
[2]) S. 4734, 4738 (Mugdan S. 852).
[3]) Vgl. S. 4739 f. (Mugdan S. 853).

Die Motive halten dagegen im Einklang mit unserer Ansicht die Hypothek für ein akzessorisches Recht.

An zahlreichen Stellen wird die Hypotek als akzessorisch bezeichnet und auf ihre Abhängigkeit von der Forderung hingewiesen.[1])

So wird beispielsweise ausgeführt,[2]) die Forderung sei Begriffselement der Hypothek.

Bei Erörterung der Vorschriften über die Übertragung der Hypothek ist von der begrifflichen Untrennbarkeit der Hypothek, von der Forderung und von der Zusammengehörigkeit von Hypothek und Forderung die Rede.[3])

Hervorgehoben[4]) wird allerdings auch, daß die Akzessorietät der Hypethek nicht streng durchgeführt worden sei, aber daß sie überhaupt beseitigt worden sei, wird nicht gesagt.

So wird namentlich bei Besprechung der Vorschriften über das Erlöschen der Hypothek bemerkt,[5]) daß, wenn Schuld und Forderung in der Person des Eigentümers zusammentreffe, der Entwurf auf die Durchführung der akzessorischen Natur des Pfandrechts verzichte.[6])

Wenn in den Motiven[7]) gesagt wird, daß der Hypothek ein von der Forderung unabhängiges Dasein zugestanden werden könne, so bezieht sich das nicht auf die Hypothek, sondern die Grundschuld, die von den Motiven als selbständige Hypothek bezeichnet wird.[8])

Aus unseren Ausführungen ergibt sich, daß die meisten für die Selbständigkeit der Hypothek vorgebrachten Argumente nicht stichhaltig sind, nur durch wenige Bestimmungen die Akzessorietät der Hypothek abgeschwächt, aber nicht beseitigt wird, und positiv in einer großen Anzahl von Bestimmungen eine Stütze findet. Insbesondere gilt letzteres

---

[1]) S. 603 (Mugdan S. 336), S. 644 (Mugdan S. 359), S. 676 (Mugdan S. 378), S. 688 (Mugdan S. 384), S. 707 (Mugdan S. 395), S. 734 (Mugdan S. 410), S. 777 (Mugdan S. 434), S. 781 (Mugdan S. 436).

[2]) S. 637 (Mugdan S. 355). [3]) S. 707 f. (Mugdan S. 394 f.).

[4]) S. 603 (Mugdan S. 337), S. 688 (Mugdan S. 384).

[5]) S. 719 (Mugdan S. 402). [6]) Vgl. auch S. 729 (Mugdan S. 407).

[7]) S. 607 ff. (Mugdan 339).

[8]) S. 603 (Mugdan S. 377), S. 605 (Mugdan S. 338), S. 791 (Mugdan S. 441).

von jenen Bestimmungen, durch welche im Wege der Rechtskonstruktion die Akzessorietät aufrecht erhalten wird (§ 1177, 1138, 1156 BGB.). Hieraus ergibt sich besonders deutlich die im System des Gesetzes hervortretende Absicht, der Hypothek unter allen Umständen akzessorischen Charakter zu erhalten.[1])

Es sind somit jene Schriftsteller widerlegt, welche der Forderung nur die Bedeutung der Legitimation beilegen, bzw nach denen die Forderung bei der Hypothek das dingliche Recht nur bestimmt, individualisiert oder wie sonst die Formeln lauten.

Was speziell die angebliche Legitimationsfunktion der Hypothekenforderung anlangt, so sind als Quelle dieses Schlagwortes die Protokolle, speziell wohl die Ausführungen eines Antragstellers anzusehen.[2])

Hachenburg u. a. schließen daraus, daß die Hypothek auch ohne die Forderung bestehen könne, was nach ihrer Ansicht z. B. bei der Eigentümerhypothek der Fall ist, daß die Forderung nur zur Legitimation der Gläubiger diene.

Dieser Schluß ist aber inkonsequent. Daraus hätte man schließen müssen, daß die Forderung (wenigstens in manchen Fällen) für die Hypothek nicht bloß nur die Bedeutung der Legitimation, sondern überhaupt keine Bedeutung habe.

Denn wie ist es möglich, daß eine untergegangene Forderung zur Legitimation des Gläubigers dient?[3])

Die einzelnen Ausführungen der Autoren, welche die Selbständigkeit der Hypothek behaupten, bedürfen im allgemeinen keiner besonderen Besprechung. Nur auf einiges ist hier zurückzukommen.

Der von Endemann aufgestellte Begriff der Akzessorietät (vgl. oben S. 77 f.) ist abzulehnen.

Auch für das römische Recht müßte in der wechselseitigen Verkopplung von Forderung und dinglichem Recht, wie sie in § 1153 BGB. in Erscheinung tritt, zumal wenn diese Be-

[1]) Für die Akzessorietät der Hypothek noch außer den bereits Erwähnten: Kluger a. a. O. S. 20 ff.; Meisner a. a. O. Vorbem. 2 zum 8. Abschn.; Planck a. a. O. Vorbem. 2 a zum 8. Abschn.

[2]) Vgl. den schon wiederholt erwähnten Antrag 3 zu § 1062, Entwurf I (oben S. 95, 29).

[3]) v. Schwind a. a. O. S. 112.

stimmung ausnahmslos gelten würde, ein strikter Beweis für die Akzessorietät der Hypothek gesehen werden. Desgleichen wird in der Literatur allgemein hervorgehoben, daß § 1153 die Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung zum deutlichen Ausdruck bringe. Nur mit Rücksicht auf die wirklichen oder angeblichen Durchbrechungen des § 1153 wird vielfach dann trotz dieser Bestimmung der akzessorische Charakter der Hypothek geleugnet.

Es ist ferner auf die bei Turnau-Förster in ihren Ausführungen über die Akzessorietät der Hypothek hervortretenden Widersprüche hinzuweisen.

Die Unterscheidung von Turnau-Förster (vgl. S. 78), daß nur die Belastung von der Hypothekenforderung unabhängig, die Hypothek aber von der Forderung abhängig (akzessorisch) sei, erscheint gekünstelt. Es geht aus dieser Unterscheidung nicht hervor, welche rechtliche Bedeutung der „Belastung" gegenüber der „Hypothek" zukommen soll. In Wahrheit ist diese Unterscheidung ein Widerspruch in sich selbst.

Auch Kuhlenbeck bezeichnet[1]) die Hypothek als akzessorisch, an anderer Stelle[2]) aber äußert er, der Unterschied zwischen der Grundschuld und der in Wirklichkeit selbständig gewordenen Hypothek sei nahezu bedeutungslos, dem Wesen der Sache nach habe das Bürgerliche Gesetzbuch die akzessorische Natur der Hypothek aufgegeben.[3])

Ist nun hiernach die Hypothek akzessorisch oder nicht? Verständlich wären die Ausführungen Kuhlenbecks, wenn er die Hypothek als akzessorisch dem juristischen Aufbau nach, wie es bei Dernburg geschieht, oder als formell-akzessorisch bezeichnet hätte, wie es bei Leonhard geschieht, zu dessen Darlegungen über die Akzessorietät (vgl. S. 78) wir hier ebenfalls noch einiges bemerken möchten.

Auch wir vertreten wie Leonhard die Auffassung, daß die Hypothek nur formell-akzessorisch (oder akzessorisch dem juristischen Aufbau nach) ist; nur der rechtlichen Konstruktion

---

[1]) a. a. O. Vorbem. zum 8. Abschn.
[2]) a. a. O. Vorbem. zum 2. Titel des 8. Abschn.
[3]) a. a. O. Anm. 5 zu § 1113.

nach wird die Akzessorietät der Hypothek vielfach vom Gesetz aufrecht erhalten, wirtschaftlich erscheint in manchen Beziehungen das dingliche Recht, nicht die Forderung als das Prinzipale (vgl. z. B. S. 82, 84). Da es aber bei der Frage, ob ein Recht als akzessorisch schlechthin zu bezeichnen ist, auf die rechtliche Konstruktion mehr als auf wirtschaftliche Gesichtspunkte ankommt, halten wir immerhin die Bezeichnung der Hypothek als eines schlechthin (nicht bloß formell-) akzessorischen Rechts für gerechtfertigt, verkennen aber dabei nicht, daß es sich hierbei im wesentlichen um eine Frage der Terminologie handelt.

Wir teilen aber keineswegs den Standpunkt Leonhards, insofern er behauptet, daß die Hypothek nur nach ihrem Inhalte und von der Eintragung, nicht nach ihrer Gültigkeit und von der Existenz der Hauptforderung abhängig sei. Denn diese wird, wo sie untergegangen ist, fingiert (vgl. § 1138 BGB.), und es hängt dann das dingliche Recht von der Existenz der Forderung ab.

Der Charakter der Grundschuld als eines selbständigen, nicht akzessorischen Rechts wird weit überwiegend in der Literatur betont. Es wird fast allgemein hervorgehoben, daß die Grundschuld wohl zur Sicherung einer Forderung dienen könne, dies aber nicht erforderlich sei, und daß, wenn sie eine Forderung sichere, von dieser das dingliche Recht nicht abhängig sei.[1])

Nur bei Wendt, Lehmann, Puntschart und Kindel haben wir abweichende Auffassungen gefunden.

Wendt und Lehmann bezeichnen die Grundschuld als akzessorisch, weil ihr eine Obligation (Wendt) oder Naturalobligation (Lehmann) zugrunde liege.[2])

Unterstellt man aber selbst, daß der Grundschuld eine Obligation im Sinne Wendts oder eine Naturalobligation im Sinne Lehmanns zugrunde liege, so ist damit noch nicht eine Abhängigkeit von dieser Obligation bzw. Naturalobligation

[1]) Vgl. z. B. Fuchs a. a. O. Vorbem. 4 zum 8. Abschn.; Leonhard a. a. O. S. 256, Anm. 3.

[2]) Wendt und Lehmann stehen, wie ausgeführt, mit dieser Annahme einer Obligation oder Naturalobligation den Vertretern der Theorie von Schuld und Haftung sehr nahe.

derart[1]) gegeben, wie sie bei der Hypothek zwischen dinglichem Recht und Forderung besteht. Eine Abhängigkeit dieser Art muß aber zum mindesten vorhanden sein, wenn der Ausdruck „akzessorisch“ gerechtfertigt sein soll.[2])

Ganz ähnliches gilt gegen Puntschart, der das angeblich bei der Grundschuld bestehende pfandrechtliche Element für akzessorisch erklärt, weil ein Pfandrecht ohne Zweckverbindung mit einer Schuld nicht gedacht werden könne, ferner gegen Kindel, der die Grundschuld als akzessorisch bezeichnet, weil sie Realobligation, und jede Obligation akzessorisch sei. Es kann keine Rede davon sein, daß jede Obligation akzessorisch in demselben Sinne ist wie bei der Hypothek das dingliche Recht gegenüber der Forderung.

Lehmanns Ausführungen über die Akzessorietät der Grundschuld sind auch noch aus einem anderen Grunde als dem bereits erörterten angreifbar. Einmal bezeichnet er (vgl. S. 49) die Naturalobligation gegen den Grundstückseigentümer als untrennbares Element der Grundschuld (das andere Element ist für ihn das dingliche Recht), andererseits aber soll die Naturalobligation im Verhältnis der Akzessorietät zu der Grundschuld stehen. (S. 54.)

Hiernach ist also die Grundschuld akzessorisch zu einem ihrer Bestandteile,[3]) oder man müßte annehmen, daß zwei Naturalobligationen gegen den Grundstückseigentümer vorhanden sind, eine, die einen Bestandteil der Grundschuld bildet, die andere, zu welcher die Grundschuld akzessorischist. Das wäre in der Tat, wie v. Schwind[4]) mit Recht bemerkt, zu viel.

E. Das pfandrechtliche Moment als Unterscheidungsmal zwischen Hypothek und Grnndschuld.

Daß die Hypothek ein Pfandrecht nicht sei, wird von einzelnen Anhängern der Theorie der Realobligation[5]) und der

---

[1]) Eine solche Abhängigkeit wird auch von Wendt und Lehmann nicht behauptet.

[2]) Vgl. hierzu Leonhard a. a. O.

[3]) Vgl. v. Schwind a. a. O. S. 135 f.; Puntschart, Grundschuldbegriff S. 108 f.

[4]) a. a. O. S. 136.

[5]) Fuchs und Willenbücher (vgl. S. 28, Anm. 6); Kindel (vgl. S. 50).

Werttheorieen[1]) behauptet. Diese Behauptungen beruhen auf der Annahme, daß die Hypothek eine Realobligation bzw. ein Wertrecht sei. Nachdem wir die Theorie der Realobligation und die Werttheorieen widerlegt haben, fällt auch die Stütze für die Auffassung jener Schriftsteller bezüglich des Pfandrechtscharakters der Hypothek. Aber auch sonst wird vereinzelt die Hypothek nicht für ein Pfandrecht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehalten, so von Männer[2]) und Planck.[3]) Für ihre Stellungnahme zu dieser Frage scheint entscheidend zu sein,[4])[5]) daß das Bürgerliche Gesetzbuch wohl von einem Pfandrecht an beweglichen Sachen spricht, die Hypothek aber nicht als Pfandrecht bezeichnet.

Dieses Schweigen des Gesetzes ist jedoch ohne Bedeutung, weil dieses sich bezüglich der rechtlichen Natur der Hypothek nicht bestimmt äußern wollte; diese könnte also gleichwohl nach dem System des Gesetzes als Pfandrecht zu gelten haben.

Nach § 1147 BGB., der nach unseren früheren Ausführungen für die rechtliche Natur der Hypothek maßgebende Bedeutung hat, ergibt sich in Verbindung mit § 1113 BGB. als Inhalt des hypothekarischen Rechts, daß sich der Eigentümer die Verwertung des Grundstücks durch die gerichtliche Versteigerung des Grundstüks gefallen lassen muß, und daß dem Berechtigten die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu erzielenden Erlöse gebührt.

Berücksichtigt man aber hierzu, daß die Hypothek, wie wir nachgewiesen haben, akzessorisch ist, daß also das Recht auf die im Wege der Zwangsvollstreckung zu erfolgende Zahlung der Geldsumme von einer Forderung abhängig ist, so ist damit, wie auch weit überwiegend in der Literatur an-

---

[1]) Oberneck vgl. S. 55; Predari vgl. S. 56.

[2]) a. a. O. S. 362; vgl. jedoch auch Anm. 4.

[3]) a. a. O. Vorbem. 3 zum 8. Abschn.

[4]) Vgl. Männer und Planck a. a. O.

[5]) In einem weiteren Sinne (nicht im Sinne des BGB.) will auch Planck a. a. O. die Hypothek für ein Pfandrecht angesehen wissen; vgl. auch Männer a. a. O. Anm. 4.

genommen wird, der Charakter der Hypothek als Pfandrecht gegeben.

Dieses läßt sich dahin definieren, daß es das dingliche Recht an einer fremden Sache oder an einem fremden Rechte ist, wonach der Berechtigte Befriedigung aus dem Gegenstande wegen einer Forderung, von welcher das dingliche Recht abhängig ist, verlangen kann.[1])

Bei der Unterordnung der Hypothek unter den Pfandrechtsbegriff wird man sich aber bewußt bleiben müssen, daß weitere Folgerungen hieraus nicht zu ziehen sind,[2]) sondern daß die Rechtswirkungen der Hypothek aus den einzelnen für sie gegebenen Vorschriften zu entnehmen sind.

Für die Pfandrechtsnatur der Hypothek übrigens auch die Motive.[3])

Dagegen teilen wir nicht die ebenfalls in der Literatur weitaus herrschende Ansicht, daß die Grundschuld als Pfandrecht anzusehen ist.[4])

Vielfach gelangt man zu dieser Annahme, indem man einen weitgehenden, das Merkmal der Akzessorietät enthaltenden Pfandrechtsbegriff aufstellt, so z. B. Endemann,[5]) Dernburg,[6]) v. Schwind.[7])[8])

---

[1]) Ähnlich Endemann a. a. O. S. 704, der aber Akzessorietät für das Pfandrecht nicht erfordert; vgl. auch Planck, Vorbem. 3 zum 8. Abschn.

[2]) Vgl. hierzu Männer a. a. O. Anm. 4.

[3]) S. 596 (Mugdan S. 333): „Das Pfandrechtsystem des Entwurfs erleidet dadurch eine Unterbrechung, daß zwischen dem Pfandrecht an Grundstücken und dem Pfandrecht an beweglichen Sachen die Grundschuld abgehandelt wird."

[4]) Vgl. die Darstellung der einzelnen Ansichten über die rechtliche Natur von Hypothek und Grundschuld, wobei wir im einzelnen oder zusammenfassend (S. 28, Anm. 6 und S. 53) auch die Stellungnahme der einzelnen Autoren zu der Frage, ob die Grundschuld Pfandrecht ist, berührt haben. Außerdem noch für die Pfandrechtsnatur der Grundschuld: Böhm a. a. O. Vorbem. zum 8. Abschn.; Kuhlenbeck a. a. O. Vorbem. zum 8. Abschn.; Leonhard a. a. O. S. 250, Anm. 2; Leske a. a. O. S. 493; Matthias a. a. O. S. 139 ff.; Meisner a. a. O. Vorbem. 2 zum 8. Abschn.; Mittelstein a. a. O. S. 35, 44.

[5]) a. a. O. [6]) Vgl. S. 10 f. [7]) Vgl. S. 9.

[8]) Vgl. auch Puntschart, Grundschuldbegriff, namentlich S. 73.

Sehr häufig wird in der Literatur aber ohne nähere Begründung die Grundschuld als Grundpfand bezeichnet, oder mit Bezug auf Hypothek und Grundschuld als Formen der Grundstücksverpfändung oder ähnliches gesprochen.

Nicht selten scheint[1]) also das Bedürfnis, Hypothek und Grundschuld unter einem gemeinsamen Namen zusammenfassen zu können, ein nicht unerheblicher Grund dafür zu sein,[2]) weshalb man auch die Grundschuld als Pfandrecht bezeichnet.

Rücksichten der Terminologie dürfen indessen auf die Charakterisierung eines Rechts nicht von Einfluß sein, zumal (mit Oberneck)[3]) Hypothek und Grundschuld als Grundkreditrechte oder Grundkreditbelastungen zusammengefaßt werden können.

Für die Aufstellung eines so weit gehenden, vom römischen Recht abweichenden Pfandrechtsbegriffs aber, wie es bei Endemann u. a. geschieht, ist ein ausreichender Grund nicht vorhanden, zumal ebensowenig wie aus der Charakterisierung der Hypothek als Pfandrecht aus der Kennzeichnung der Grundschuld als Pfandrecht etwas weiteres hergeleitet werden dürfte (vgl. vorige Seite).

Der Pfandrechtsbegriff v. Schwinds und Puntscharts hängt mit der bereits widerlegten Auffassung zusammen, daß die Haftungen, zu denen nach Puntschart und v. Schwind das Pfandrecht gehört, für das moderne Recht noch Bedeutung haben.

Gegen die Unterordnung der Grundschuld unter die Pfandrechte Engelmann:[4]) „Die Grundschuld dient also zwar Pfandzwecken, aber sie ist juristisch kein Pfandrecht.“

Ganz ähnlich Turnau-Förster.[5])

Auch Puntschart[6]) gibt zu, daß die Grundschuld nach dem Gesetz (anders de lege ferenda) nur wirtschaftlich, nicht juristisch ein Pfandrecht sei.

---

[1]) Vgl. hierzu Oberneck, Grundbuchr. S. 636.

[2]) So z. B. bei Cosack, Lehrbuch des BGB. a. a. O. S. 216, wie er selbst bemerkt.

[3]) a. a. O. [4]) a. a. O. S. 609.

[5]) a. a. O. Vorbem. I 2 zum 8. Abschn.

[6]) Grundschuldbegriff S. 34.

Gegen die Pfandrechtsnatur der Grundschuld auch Fuchs, Kindel, Willenbücher, Oberneck, Predari, allerdings vom Standpunkte ihrer Theorieen aus, von welchem aus sie auch die Hypothek nicht für ein Pfandrecht halten,[1]) ferner Männer[2]) und Planck,[3]) vgl. auch die Motive[4]) und Art. 192, 195, EG. z. BGB.

F. Zusammenfassung der Unterschiede zwischen Hypothek und Grundschuld hinsichtlich des Rechtsinhalts.

Ist somit die Grundschuld weder ein Pfandrecht, noch Wertrecht, und weder mit Hilfe der Theorie der Realobligation noch mit Hilfe der Theorie von Schuld und Haftung zu konstruieren, so ist sie ein dingliches Recht eigener Art, das unter einem umfassenderen Oberbegriff nicht unterzubringen ist.[5]) Sie ist gemäß § 1147 in Verbindung mit § 1191 BGB. das dingliche Recht, kraft dessen an den Berechtigten im Wege der Zwangsvollstreckung (aus dem im Wege der Zwangsvollstreckung zu erzielenden Erlöse des Grundstücks) eine bestimmte Geldsumme zu zahlen ist, ohne daß dieses Recht auf Zahlung im akzessorischen Verhältnis zu einer Forderung steht.[6]) Die Grundschuld ist in der Tat ein namenloses dingliches Recht, was auch Puntschart[7]) zugibt, aber de lege ferenda bekämpft.

Von der Hypothek unterscheidet sie sich durch den Mangel der Akzessorietät und des Pfandrechtscharakters.

---

[1]) Vgl. S. 102. [2]) a. a. O.

[3]) a. a. O.

[4]) Vgl. die S. 104 Anm. 3 angef. Stelle, in der es dann weiter heißt: . . . „Sie (gemeint die Grundschuld) hat den wirtschaftlichen Zweck mit dem Pfandrecht gemein." . . .

[5]) Vgl. hierzu namentlich noch Turnau-Förster a. a. O. S. IV des Vorworts.

[6]) Vgl. hierzu Männer a. a. O. S. 366; Turnau-Förster a. a. O. Vorbem. II zum 8. Abschn. (S. 681), Anm. 1 zu § 1191; ferner Planck, Vorbem. 3 zum 8. Abschn., und die bei Puntschart, Grundschuldbegriff S. 46 Zit.

[7]) Grundschuldbegriff S. 74.

§ 2.

Unterschiede in der Begründung von Hypothek und Grundschuld.

Zur rechtsgeschäftlichen Entstehung von Hypothek und Grundschuld ist Einigung des Eigentümers und des Gläubigers sowie Eintragung erforderlich. Nur für die Grundschuld, nicht für die Hypothek[1]) gilt von diesem Grundsatz eine Ausnahme: Die Inhabergrundschuld entsteht durch einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte (§§ 1192, Abs. 1, 1188 BGB.) und Eintragung.[2])

Der Hauptunterschied bezüglich der Begründung von Hypothek und Grundschuld ergibt sich ohne weiteres aus den §§ 1113, 1191 BGB.: Die Hypothek kann nur zur Sicherung einer persönlichen Forderung begründet werden, die Grundschuld setzt zu ihrer Entstehung eine Forderung nicht voraus, wenn sie auch zur Sicherung einer persönlichen Forderung dienen kann.

Damit hängt eng zusammen, daß bei Eintragung der Grundschuld eine ihr zugrunde liegende, durch sie gesicherte Forderung nicht miteingetragen werden darf. Es ist lediglich das dingliche Recht einzuschreiben und dieses natürlich ausdrücklich als Grundschuld zu bezeichnen, während umgekehrt bei Eintragung einer Hypothek die Forderung (mit Zinssatz usw.) eingeschrieben wird, ohne daß das Wort Hypothek in der Eintragung erscheint.

§ 1115, Abs. 1 BGB., der von der Eintragung des Geldbetrages der Forderung usw. spricht, ist mithin auf die Grundschuld nicht unmittelbar, sondern nur entsprechend und mit der Maßgabe anwendbar, daß anstelle von „Forderung“ das Wort „Belastung“ oder „Kapital“ zu setzen oder sonst der Wortlaut passend zu verändern ist.[3])

---

[1]) Für die Sicherungshypothek gilt, nebenher bemerkt, wie für die Grundschuld eine Ausnahme (§ 1188 BGB).

[2]) Über die für den Eigentümer bestellte Grundschuld bei Darstellung von Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld.

[3]) Vgl. hierzu z. B. Kober a. a. O. Anm. III zu § 1115, ferner § 1136b des Entwurfs B der Redaktions-Kommission, welcher als Auslegungsmittel benützt werden kann (abgedr. bei Kober a. a. O. Anm. I zu § 1192); Düker, Die analoge Anwendung usw., Borna-Leipzig, 1906, S. 16.

Nach Halbsatz 2 des Abs. 1 von § 1115 kann bei der Eintragung einer Hypothek im übrigen (d. h. abgesehen von dem Gläubiger, dem Grunde der Forderung, ihrem Geldbetrage, ihrem Zinssatze, dem Geldbetrage der Nebenleistungen) auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

Planck[1]) will diese Bestimmung überhaupt nicht auf die Grundschuld zur Anwendung bringen, weil nach Halbs. 2 des § 1115, Abs. 1 nur bezüglich der Modalitäten der Hypothekenforderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden dürfe, während bezüglich der Modalitäten des dinglichen Rechts § 874 BGB. zur Anwendung zu bringen sei.

Sie gelangen also für die Grundschuld zu demselben Resultat durch § 874, wie andere durch entsprechende Anwendung des Halbsatzes 2 des § 1115 Abs. 1.

U. E. ist es konsequent, den Halbsatz 2 entsprechend auf die Grundschuld zur Anwendung zu bringen, wenn man schon den Halbsatz 1 analog auf die Grundschuld bezieht.

Fuchs[2]) hält die Anwendung des Abs. 2 des § 1115 nicht für unbedenklich, „da er nur für eine bestimmte Art von Forderungen, nämlich die Darlehnsforderungen, gilt, und aus dem Grundsatze, daß in das Grundbuch alles gehört, was für die Erkennbarkeit der Belastung nach deren Inhalt und Umfang Bedeutung hat, in Verbindung mit § 874 gefolgert werden könnte, daß unter allen Umständen der Geldbetrag der Nebenleistungen auch bei der Grundschuld für eine privilegierte Kreditanstalt in das Grundbuch gehört. — Auch wenn die Grundschuld zur Sicherung für eine Forderung bestellt ist, ist dies im Grundbuch nicht zu vermerken".

Anscheinend will Fuchs mit dieser nicht ganz klaren Begründung zum Ausdruck bringen,[3]) daß die Satzung der Kreditanstalt bei Bezeichnung der Nebenleistungen eventuell auf das Darlehn zurückgreife, daß aber eine Bezugnahme auf die Satzung im Grundbuche dann dem für die Grundschuld geltenden Grundsatz widersprechen würde, wonach die Forderung im Grundbuche nicht zu erwähnen ist. Indessen so

[1]) a. a. O. Anm. 5 zu § 1192, Anm. 6 zu § 1115; vgl. auch Biermann a. a. O. Anm. 1 zu § 1192, Anm. 7 zu § 1115; Trobitzsch a. a. O. S. 24.

[2]) a. a. O. Anm. 3a zu § 1192; vgl. auch Düker a. a. O. S. 17 f.

[3]) Vgl. hierzu Düker a. a. O. S. 17.

weit dürfte der gedachte Grundsatz nicht gehen; und warum der Umstand, daß § 1115 Abs. 2 sich nur auf Darlehnsforderungen bezieht, der Anwendung auf die Grundschuld entgegenstehen soll, ist nicht einzusehen, da ja auch die Grundschuld zur Sicherung einer Darlehnsforderung bestellt werden kann. In den übrigen Kommentaren wird denn auch die gedachte Bestimmung von der Anwendung auf die Grundschuld nicht ausgeschlossen.[1])

Die einer Grundschuld zugrunde liegende Forderung muß nicht im Gegensatz zur Hypothek unbedingt und unbetagt sein; der Anwendung des § 1113 Abs. 2 BGB. auf die Grundschuld steht also nichts entgegen.[2])

Ein ebenfalls nicht erheblicher Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld besteht darin, daß eine Grundschuld, nicht aber eine Hypothek mit einem auf den Inhaber lautenden Briefe begründet werden kann.

Bezüglich des Umfanges und Gegenstandes der Haftung (§§ 1118—1130 BGB.), der Rangverhältnisse, der Rechtswirkung bei Zuschreibung eines Grundstücks (§ 1131 BGB.), der Teilung (§ 1151 BGB.), der Nebenabreden (§§ 1136, 1149 BGB.), der Schutzmittel gegen Gefährdung der dinglichen Sicherheit (§§ 1133 ff. BGB.), der Belastung eines Bruchteils eines Grundstücks (§ 1114 BGB.) unterscheiden sich Hypothek und Grundschuld nicht.[3])

Nur ist in einzelnen Bestimmungen für die Anwendung der Grundschuld wiederum wie in § 1115 an Stelle von „Forderung“ „Geldsumme“ oder ein ähnlicher Ausdruck zu setzen. (Vgl. §§ 1118 f., 1133, 1151.)

---

[1]) Vgl. z. B. Neumann a. a. O. Anm. B zu § 1113; vgl. auch den Abs. 2 des § 1136b des Entwurfs B der Redaktions-Kommission, (dem natürlich, wie schon erwähnt, nur die Bedeutung eines Auslegungsmittels zukommt).

[2]) z. B. Fuchs a. a. O. Anm. 2b zu § 1191 BGB.

[3]) Vgl. z. B. Biermann a. a. O. Anm. zu § 1192; O. Fischer in Fischer-Henle, BGB., München 1906; Fuchs, Planck a. a. O. Anm. zu den betreffenden Paragraphen.

§ 3.

Hypotheken- und Grundschuldbrief.

Die zahlreichen materiellen und formellen Vorschriften über den Hypothekenbrief finden auf die Grundschuld Anwendung, die formellen auf Grund der besonderen Vorschrift des § 70 GBO.

Mitunter ist auch hier die Anwendung eine analoge in demselben Sinne wie bei den §§ 1115, 1118 ff. u. a. (Vgl. z. B. § 1152 BGB.).

Unanwendbar ist jedoch auf die Grundschuld § 58 GBO., welcher die Verbindung des über die Hypothek gebildeten Briefes mit der Schuldurkunde bzw. einem Auszuge aus derselben vorschreibt. Das wird fast allgemein angenommen.[1]) Bei Huther[2]) finden wir die gegenteilige Ansicht vertreten. Sie widerspricht der abstrakten Natur der Grundschuld. Kommt es den Beteiligten darauf an, in Verbindung mit dem Briefe etwas über das zugrunde liegende Forderungsrecht zu verlautbaren, so können sie sich der Verkehrshypothek bedienen.

Erhebliche Unterschiede bestehen zwischen einem Hypothekenbriefe und dem über eine Inhabergrundschuld gebildeten Dokumente, da dieses die Natur einer Schuldverschreibung auf den Inhaber hat, während der Hypothekenbrief als Rektapapier anzusehen ist.[3])

§ 4.

Übertragung von Hypothek und Grundschuld.

A. Deutlich tritt der Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld bei den Vorschriften über die Übertragung der beiden Rechte hervor.

Es handelt sich hierbei hauptsächlich um § 1153 BGB., welcher nicht nur bestimmt, daß mit der Übertragung der Forderung einer Hypothek diese auf den neuen Gläubiger über-

---

[1]) Vgl. z. B. Kretzschmar a. a. O. Anm. 3a zu § 1192 und den dort zitierten § 149 des sächs. Ausführungsgesetzes; Mittelstein a. a. O. S. 86; Oberneck a. a. O. S. 1013.

[2]) Mecklenburg. Zeitschrift, 18. Bd., 1. Heft, S. 66 f.

[3]) Ebert in Fischer-Henle a. a. O. Vorbem. zum 22. Titel, VII. Abschn. des Rechts der Schuldverhältnisse.

gehe, sondern auch eine Übertragung der Forderung ohne die Hypothek, und umgekehrt, eine Übertragung der Hypothek ohne die Forderung für unzulässig erklärt.

Diese Bestimmung kann für die Grundschuld nicht gelten, und zwar auch dann nicht, wenn sie zur Sicherung einer persönlichen Forderung dient.[1])

Es entscheidet sich also bei der Grundschuld lediglich nach dem Recht der Schuldverhältnisse, namentlich nach besonderen Vereinbarungen, ob der Zessionar der der Grundschuld zugrunde liegenden Forderung gegen den Zedenten einen Anspruch auf Übertragung der Grundschuld hat.

Nur vereinzelt wird die Geltung des § 1153 BGB. auch auf die Grundschuld erstreckt, so von Fuchs,[2]) der in der Anmerkung 6 zu § 1153 seines Kommentars die Anwendbarkeit selbst verneinte, und von Fischer.[3]) Fuchs führt zur Begründung an, daß die Normen über die Gesamtschuld auf das Verhältnis zwischen Eigentümer und persönlichen Schuldner Anwendung finden müßten, daß also auch bei der Grundschuld der Gläubiger nur einheitlich über das dingliche Recht und die persönliche Forderung verfügen könne, und daher auch nur beide zusammen abgetreten werden könnten.

Fuchs[4]) muß jedoch selbst zugeben, daß man zu der Annahme des erwähnten Gesamtschuldverhältnisses nur gelangt, wenn man nicht dem System und der Terminologie des Gesetzes folgt. Vor allem aber hat die Annahme dieses Gesamtschuldverhältnisses zur Voraussetzung, daß man eine Schuld des Eigentümers bei der Grundschuld unterstellt.

Eine derartige Verpflichtung des Eigentümers, eine sogenannte Realobligation, ist aber für das Bürgerliche Gesetzbuch abzulehnen, wie wir bei Erörterung der begrifflichen Unterschiede zwischen Hypothek und Grundschuld dargelegt haben.

---

[1]) Biermann a. a. O. Anm. 2 zu § 1153; Kuhlenbeck a. a. O. Anm. 3 zu § 1153; Leske a. a. O. S. 572; Müller und Meikel a. a. O. S. 923; Neumann a. a. O. Anm. zu § 1153; Oberneck, Grundbuchr. S. 1011; Planck a. a. O. Anm. 5 zu § 1192; Willenbücher a. a. O. Anm. 5 zu § 1153.

[2]) Anm. 21 zu § 1192 BGB. [3]) a. a. O. Anm. 2 zu § 1153 BGB.

[4]) a. a. O.

Fraglich könnte an sich sein, ob nicht die §§ 401, 413 BGB. auf die Grundschuld anwendbar sind, und man nach diesen Bestimmungen für die zur Sicherung einer persönlichen Forderung bestellte Grundschuld zu demselben Resultate gelangt, wie für die Hypothek gemäß § 1153 BGB.

Was zunächst die Frage anbetrifft, ob auf Grund des § 401 BGB. mit der Übertragung der Forderung die Grundschuld mitübergeht, und jene nicht ohne diese übertragen werden kann, so bestimmt allerdings § 401, daß mit der abgetretenen Forderung die Hypotheken- oder Pfandrechte, die für sie bestehen, auf den neuen Gläubiger mitübergehen. Die Grundschuld ist nun aber weder eine Hypothek noch ein Pfandrecht; § 401 ist mithin auf die Grundschuld unmittelbar nicht anwendbar.[1]) Aber auch mittelbar, auf Grund des § 1192 BGB., ist § 401 auf die Grundschuld nicht anwendbar; daraus, daß die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetzt, ergibt sich die Unanwendbarkeit des § 401 (§ 1192 BGB.). Die abweichende Ansicht von Neumann[2]) ist nicht zutreffend.

Selbst wenn aber § 401 für die Grundschuld gelten würde, so würde hieraus nicht die Unzulässigkeit der Übertragung der Forderung ohne das dingliche Recht folgen. Denn § 401 ist im Gegensatz zu § 1153 nur eine Dispositivvorschrift.[3])

Es läßt sich auch aus den §§ 413, 401 nicht folgern, daß mit der Übertragung der Grundschuld die Forderung mit übergehe. Denn wenn § 401 auch nach § 413 auf andere Rechte als auf Forderungen zu erstrecken ist, so ist doch die durch eine Grundschuld gesicherte Forderung kein Nebenrecht im Sinne des § 401.[4]) Die Unzulässigkeit der Übertragung der Grundschuld ohne die Forderung aber ergibt sich aus §§ 401, 413 keinesfalls, da § 401, wie schon erwähnt, nur eine Dispositivvorschrift darstellt.

Während also bei der Hypothek, soweit es sich um die Übertragung handelt, Forderung und dingliches Recht auf

---

[1]) Fuchs a. a. O. Anm. 6 zu § 1153; Planck a. a. O. Anm. 5 zu § 1192.

[2]) a. a. O. Vorbem. 3b zum 2. Titel S. 795.

[3]) Neumann a. a. O. Anm. II zu § 1153.

[4]) Fuchs a. a. O. Anm. 6b zu § 1153.

Grund des § 1153 BGB. eng miteinander verbunden sind, besteht bei der Grundschuld, soweit es sich um die Übertragung handelt, zwischen Forderung und dinglichem Recht, — wenn nicht eine besondere Vereinbarung getroffen ist — überhaupt kein Zusammenhang.

B. Der Gegensatz, in welchem hiernach Hypothek und Grundschuld zueinander stehen, wird aber dadurch abgeschwächt, daß der Grundsatz des § 1153 durch eine große Zahl von Ausnahmen durchbrochen ist.

In dieser Richtung möge zunächst § 1180 BGB. hervorgehoben werden.[1])

Nach Absatz 2 des § 1180 kann an Stelle der ursprünglichen Forderung der Hypothek die einem anderen zustehende Forderung substituiert werden. Hier liegt also zweifellos eine Ausnahme von § 1153 vor. Die Auffassung der Protokolle,[2]) daß eine solche nicht vorliege, weil die Hypothek im Falle des § 1180 Absatz 2 einen anderen Inhalt erhalte, nicht aber übertragen werde, ist unrichtig.[3]) Tatsächlich tritt an die Stelle des bisherigen Hypothekengläubigers ein neuer, ohne daß er die ursprüngliche Forderung miterwirbt.

§ 1180 Absatz 2 betraf den rechtsgeschäftlichen Übergang der Hypothek. In ganz ähnlicher Weise wird der § 1153 eingeschränkt durch die nachfolgenden Fälle des gesetzlichen Übergangs einer Hypothek.

Befriedigt der persönliche Schuldner den Hypothekengläubiger, so geht nach § 1164 BGB. die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann. Der Schuldner erwirbt also eine Hypothek, welcher seine Ersatzforderung

---

[1]) Biermann a. a. O. Anm. 1 zu § 1153; Fuchs a. a. O. Anm. 1b zu § 1153; Endemann a. a. O. S. 729 Anm. 56; S. 774; Hachenburg, Beitr. S. 87, 90; Vortr. S. 570 ff.; Kuhlenbeck a. a. O. Anm. 2 zu § 1153; Mittelstein a. a. O. S. 127; Neumann a. a. O. Anm. 2 zu § 1153; Oberneck, Grundbuchr. S. 701; Planck a. a O. Anm. 3b zu § 1153; Kober a. a. O. Anm. III 2d zu § 1153; Anm. 4b zu § 1180.

[2]) Prot. II S. 4745 (Mugdan S. 904).

[3]) Gegen das Argument der Protokolle namentlich: Hachenburg a. a. O.; Mittelstein a. a. O.; Kober a. a. O. Anm. 4a und b zu § 1180. Dafür anscheinend: v. Schwind a. a. O. S. 114 Anm 2; Turnau-Förster a. a. O. Anm. II 1 zu § 1180.

zugrunde liegt, und auch hier handelt es sich mithin um einen Übergang der Hypothek ohne die ursprüngliche Forderung.[1]) (Vgl. auch Abs. 2 dieses Paragraphen).

Ganz ähnlich liegt es im Falle des § 1174 BGB.

Eine Ersatzhypothek entsteht auch im Falle des § 1173 Absatz 2 und des § 1182 für den Eigentümer bei einer Gesamthypothek. (Vgl. im einzelnen die angegebenen Paragraphen.)[2])

Wäre die von Grützmann,[3]) Turnau-Förster[4]) u. a. vertretene Ansicht zutreffend, wonach eine Verbindung der Ersatzforderung mit der Hypothek nicht eintritt, auch die ursprüngliche (getilgte) Forderung nicht zu fingieren ist, so würde allerdings in den erwähnten Fällen (§§ 1164, 1174, 1173 Absatz 2, 1182) eine Durchbrechung des § 1153 nicht festzustellen sein. Denn dann würde mit dem Augenblick, wo die Hypothek sich von der ursprünglichen Forderung trennt, eine Verwandlung, ähnlich wie im Falle des § 1177 BGB., eintreten; eine Hypothek ohne Forderung kennt das Gesetz jedenfalls nicht.[5]) Seine Tendenz geht vielmehr dahin, in den Fällen, in denen das Bestehen einer Hypothek ohne Forderung in Frage kommen könnte, die Verwandlung in eine Grundschuld zu statuieren (vgl. § 1177 BGB.) oder die Forderung zu fingieren. (§ 1138, 1156 BGB.; vgl. S. 81 ff., 93.) Da eine solche Umwandlung für die erwähnten Fälle nicht statuiert ist, ist anzunehmen, daß die Substitution der Ersatzforderung im Sinne des Gesetzes liegt. Die Fiktion der ursprünglichen Forderung ist deshalb nicht[6]) am Platze,

---

[1]) Für die Substitution der Ersatzforderung: Denkschrift bei Mugdan S. 986; Biermann a. a. O. Anm. 2 zu § 1164; Fischer a. a. O. Anm. 3 zu § 1164; Hachenburg a. a. O., Vortr. S. 573; Kretzschmar a. a. O. Anm. 1b zu § 1164; Kuhlenbeck a. a. O. Anm. 2 zu § 1164; Meisner a. a. O. Anm. zu § 1164; Oberneck, Grundbuchr. S. 826 und die dort Angeführten; Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 1164.

[2]) Vgl. über alle diese Fälle: Biermann a. a. O. Anm. 1 zu § 1153 Planck a. a. O. Anm. 3b zu § 1153.

[3]) a. a. O. S. 275. [4]) Anm. 2 zu § 1164.

[5]) Vgl. hierzu auch Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 1164.

[6]) Für Fiktion: Fuchs a. a. O. Anm. 6 zu § 1164; Leonhard a. a. O. S. 304 Anm. 1. Die Prot. S. 4749 (Mugdan S. 846) überlassen es der juristischen Konstruktion, die ursprüngliche Forderung zu fingieren.

weil die Hypothek naturgemäß in den erwähnten Fällen zur Sicherung der Ersatzforderung dient.[1])

Der § 1173 BGB. enthält noch in einer anderen Richtung eine Ausnahme von § 1153. Absatz 1 bestimmt, daß der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke, sofern er den Gläubiger befriedigt, nur die Hypothek an seinem Grundstücke erwerbe, während sie an den übrigen Grundstücken erlösche. Erwirbt nun nach § 1173 der Eigentümer die Hypothek an seinem Grundstück als forderungsbekleidete Eigentümerhypothek, so müßte er gemäß § 1153 Absatz 1 auch die Hypothek an den übrigen Grundstücken erwerben. Wie eben hervorgehoben, erlischt aber die Hypothek an den übrigen Grundstücken.[2])

C. Wird somit die Bedeutung des § 1153 als Unterscheidungsmerkmal zwischen Hypothek und Grundschuld durch andere Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht unerheblich abgeschwächt, so können doch andrerseits die Ausführungen Hachenburgs[3]) und anderer nicht gebilligt werden.

Die Tendenz dieser Ausführungen[4]) geht dahin, dem § 1153, insbesondere dem Absatz 2 überhaupt jede Geltung abzusprechen. § 1153 wird auch geradezu als doktrinärer Satz bezeichnet.[5]) Der Inhalt des § 1153 Abs. 2 soll nur für den Entwurf I passen, der noch an der akzessorischen Natur der Hypothek festgehalten habe, nicht aber für den Entwurf II (bzw. das Bürgerliche Gesetzbuch), der die akzessorische Natur der Hypothek aufgegeben habe.[6]) Hachenburg bezeichnet zunächst den Satz, daß die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden könne, als unrichtig.[7]) Zum Beweise hierfür erörtert er[8]) den § 1180 (§ 1087 II), dessen Absatz 2, wie schon erwähnt worden ist, die Geltung

---

[1]) Vgl. zu diesen Ausführungen noch Planck a. a. O.

[2]) Vgl. hierzu Fischer a. a. O. Anm. 4 zu § 1173.

[3]) Beitr. S. 85—91; Vortr. S. 572.

[4]) Die Ausführungen Hachenburgs beziehen sich eigentlich auf den Entwurf II, gelten aber sinngemäß auch für das BGB. selbst.

[5]) Grützmann a. a. O. S. 274.

[6]) Hachenburg Beitr. S. 86 f.

[7]) Vgl. die Überschrift zu II S. 85 der Beiträge.

[8]) Beitr. S. 85—89.

des § 1153 Absatz 2 allerdings abschwächt. Aber er hebt die Geltung desselben nicht auf, denn er gestattet doch die Übertragung der Hypothek nur unter der bestimmten Voraussetzung, daß an Stelle der ursprünglichen Forderung eine andere tritt. § 1153 Absatz 2 ist wegen § 1180 Absatz 2 (§ 1164 und anderen Bestimmungen) einschränkend dahin zu interpretieren, daß er die Übertragung der Hypothek ohne eine Forderung, nicht dahin, daß er gerade die Übertragung ohne die Forderung verbietet.[1]) In diesem Sinne aufgefaßt, ist § 1153 Absatz 2 trotz § 1180 Absatz 2 kein doktrinärer Satz. Denn eine zur Sicherung einer persönlichen Forderung dienende Grundschuld kann im Gegensatz zur Hypothek ohne die ursprüngliche Forderung übertragen werden, auch wenn ihr keine andere Forderung als die ursprüngliche zugrunde gelegt wird.

§ 1180 Absatz 1 aber stellt, wie gegen Hachenburg, Endemann,[2]) Oberneck[3]) und andere zu bemerken ist, überhaupt keine Ausnahme von § 1153 Absatz 2 dar. Denn nach § 1180 Absatz 1 wird nur an Stelle der ursprünglichen Forderung eine andere gesetzt, ein Wechsel des Hypothekengläubigers aber nicht herbeigeführt; es findet also eine Übertragung der Hypothek nicht statt, vielmehr erhält die Hypothek nur einen anderen Inhalt, wie auch die Protokolle[4]) insoweit[5]) zutreffend ausführen.[6]) Hachenburg[7])[8]) zieht aus § 1180 die Folgerung, daß die Beteiligten die gemäß § 1180

---

[1]) Fuchs a. a. O. Anm. I 1 b zu § 1180.

[2]) a. a. O. S. 729 Anm. 56.

[3]) Grundbuchr. S. 699 f. (besond. S. 701 Ziffer 6).

[4]) Prot. II S. 4745 (Mugdan S. 904).

[5]) Falsch ist dieses Argument nur bezüglich des § 1180 Abs. 2.

[6]) Auch Biermann a. a. O. Anm. 1 zu § 1153, Fuchs a. a. O. und Planck a. a. O. Anm. 3 b zu § 1153 führen nur § 1180 Abs. 2 als Ausnahme von § 1153 Abs. 2 an. Turnau-Förster und v. Schwind betrachten, wie schon erwähnt, den § 1180 überhaupt nicht als Ausnahme von § 1153 Abs. 2.

[7]) Beitr. S. 89; Vortr. S. 572.

[8]) Vgl. auch Biermann a. a. O. Anm. 3 zu § 1180; Kober a. a. O. Anm. 2 a α zu § 1180; Matthias a. a. O. S. 151 Anm. 1. Turnau-Förster bezeichnen die Zulässigkeit dieser Folgerung als zweifelhaft, Anm. II 2 zu § 1180.

von der ursprünglichen Forderung getrennte Belastung einem Dritten als Grundschuld weiter übertragen, von der Substitution einer Forderung des Dritten also absehen dürften, so daß hiernach der Grundsatz des § 1153 Absatz 2 vollständig durchbrochen würde. Hachenburg[1]) hält diese Ausdehnung des § 1180 für zulässig, weil der Grundgedanke dieser Bestimmung die Unabhängigkeit der dinglichen Belastung von der Forderung sei. Die dingliche Belastung soll aber, wie schon oben hervorgehoben, nach § 1180 nur unabhängig von der Forderung (also der ursprünglichen) nicht aber von einer Forderung sein. Diese Bestimmung verlangt, daß der Belastung, welche an den Dritten gelangt, eine Forderung desselben zugrunde gelegt wird.[2])

Durch diese zu weite Auslegung des § 1180 wollen Hachenburg und andere einen Umweg ersparen, auf dem ohnehin die Parteien den von ihm (Hachenburg) angegebenen Erfolg erreichen könnten. Der Gläubiger könne nämlich auf die Hypothek verzichten (§ 1168 BGB.), und der Eigentümer alsdann die ihm als Eigentümerhypothek zufallende Belastung auf den Dritten als Grundschuld übertragen.

Aber dieser Umweg wird den Beteiligten schon durch die Bestimmung des § 1198 BGB. erspart, diese extensive Auslegung des § 1180 ist also überflüssig. Der nach der positiven Bestimmung des § 1198 zulässige Weg ist nicht weniger einfach als der von Hachenburg und anderen angegebene.[3])

Richtig ist an diesen Ausführungen Hachenburgs u. a., daß § 1180 gerade zu dem Zwecke geschaffen worden ist, um den Parteien einen Umweg zu ersparen.[4]) Aber auch der § 1198 dient diesem Zwecke, und die Auslegung Hachenburgs würde zu einer Verwischung der zwischen diesen beiden Bestimmungen bestehenden Grenzen führen.[5])

---

[1]) Vortr. S. 572.

[2]) Gegen Hachenburg auch: Fuchs a. a. O. Anm. II 4 zu § 1180; Hanson a. a. O. S. 13; Peters a. a. O. S. 68 ff.; Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 1180.

[3]) Vgl. hierzu Fuchs a. a. O.; Peters a. a. O.

[4]) Vgl. Prot. II S. 4745 (Mugdan S. 903 f.); Planck a. a. O. Anm. 1 zu § 1180.

[5]) Vgl. hierzu Fuchs a. a. O., Anm. II 2 zu § 1180.

Es könnte sich nun allerdings fragen, ob nicht hiernach das Bürgerliche Gesetzbuch zwar nicht durch § 1180, wohl aber durch § 1198 BGB. im Erfolg die Übertragung der Hypothek ohne eine Forderung entgegen § 1153 Absatz 2 zuläßt.

Indessen liegt nach § 1198 der rechtlichen Konstruktion nach eine Übertragung der Hypothek ohne eine Forderung nicht vor, da eben nach Inhalt des Paragraphen eine Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld stattfindet.

Hachenburg[1]) und mit ihm Kober[2]) und Matthias[3]) ziehen dann weiter aus § 1180 (§ 1087[II]) die Folgerung, daß auch umgekehrt schlechthin die Übertragung der Forderung ohne die Hypothek möglich sein müsse.

Auf Grund des § 1180 könnten nämlich die Parteien bestimmen, daß (1. Fall) an die Stelle der bisherigen Forderung eine andere Forderung des Gläubigers trete, dann zediere der Gläubiger die erstere Forderung, die nunmehr keine hypothekarische Sicherheit mehr habe.

Solle (2. Fall) jedoch die Hypothek in den Händen des Gläubigers zur Grundschuld werden, der Belastung also eine andere Forderung nicht zugrunde gelegt werden, so sei die Abtretung der Forderung ohne die Hypothek auf einem Umwege möglich. Als solchen geben Hachenburg und Kober an: Der Gläubiger brauche nur auf seine Hypothek zu verzichten (§ 1168 BGB., also ähnlich wie oben S. 117), die bei ihm verbleibende Forderung, welche der Hypothek zugrunde gelegen hatte, abzutreten und sich von dem Eigentümer die diesem infolge des Verzichtes zugefallene Belastung als Grundschuld zurückübertragen zu lassen. Im Endeffekt behalte also der Gläubiger die Belastung und habe die Forderung (also ohne die Hypothek) abgetreten.

Auch dieser Umweg aber — und das ist für Hachenburg auch hier der entscheidende Grund für seine Auslegung des § 1180 — müsse den Parteien erspart werden. Was nun zunächst den ersten Fall anbetrifft, so ergibt sich die Zulässigkeit einer solchen Abtretung der von der Hypothek ge-

---

[1]) Beitr. S. 90 f. [2]) a. a. O. Anm. 6 zu § 1180.
[3]) a. a. O. S. 151.

trennten Forderung als selbstverständliche Folgerung aus § 1180. Aber daraus darf nicht der Schluß gezogen werden, daß der Satz des § 1153 Abs. 2, soweit er die Übertragung der Forderung ohne die Hypothek verbietet, inhaltslos sei. Denn die von der Hypothek gemäß § 1180 getrennte Forderung ist eben keine hypothekarische Forderung mehr, und selbstverständlich trifft der in Betracht kommende Passus des § 1153 Abs. 2 nur Forderungen, die mit dem dinglichen Recht noch verbunden sind; das genügt aber auch in Verbindung mit der Notwendigkeit, daß der von der Forderung gelösten Hypothek eine andere Forderung substituiert werden muß, um dem § 1153 Abs. 2 ein weites Anwendungsgebiet zu sichern.

Was den zweiten Fall anlangt, so kann Hachenburg, Kober und Matthias nicht zugegeben werden, daß § 1180 soweit interpretiert werden darf, wie es durch sie geschieht, da auch hier § 1198 BGB. eingreift und eine ebenso einfache Möglichkeit bietet, den von Hachenburg u. a. angegebenen Umweg zu vermeiden.

Es würde also die Gläubigerhypothek in eine Gläubigergrundschuld umzuwandeln sein, ohne daß diese mit der ursprünglichen Forderung in Verbindung gebracht wird, und alsdann könnte die Forderung abgetreten werden.

In engem Zusammenhang mit diesen unzutreffenden Ausführungen über den § 1180 steht es, daß die Vorschriften über die Eigentümerhypothek, vorzüglich § 1168 BGB., als Ausnahmen von § 1153 Abs. 2 hingestellt werden.[1])

Es wird in dieser Beziehung z. B. argumentiert:[2]) Mit Hilfe der Eigentümerhypothek könne stets das Verbot der Übertragung lediglich der Hypothek (also ohne die Forderung) umgangen werden. Der Gläubiger verzichte auf die Hypothek (§ 1168) und übertrage die Eigentümerhypothek (Belastung ohne Forderung) auf den Dritten.

---

[1]) Eck-Leonhard a. a. O. S. 277; Endemann a. a. O. S. 774, 729 Anm. 56, 747 Anm. 42; Gierke a. a. O. S. 881 Anm. 12; Hachenburg, Beitr. S. 87; Kober a. a. O. Anm. III 2 zu § 1153; Kretzschmar Anm. 3 zu § 1153; Kuhlenbeck a. a. O. Anm. 2 zu § 1153; Leske a. a. O. S. 536; Matthias a. a. O. S. 125 f.; Oberneck, Grnndbuchr. S. 700 f.

[2]) Kober a. a. O.

Aber mit dem Verzicht verwandelt sich gemäß § 1177 BGB. die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld. Bei der Übertragung an den Dritten liegt also nicht Übertragung einer Hypothek vor. Der Satz des § 1153 Abs. 2 wird also nicht berührt. Analoges gilt für andere Fälle der Eigentümerhypothek.[1])

Auch § 1138 BGB. ist nicht eine Durchbrechung des § 1153, wie Leonhard,[2]) Endemann,[3]) Kober,[4]) Leske,[5]) Matthias[6]) und Oberneck[7]) annehmen. Denn auf den gutgläubigen Erwerber wird ja die Hypothek mit der auf Grund einer Fiktion erhaltenen Forderung übertragen.

Ebensowenig ist § 1156 BGB. eine Ausnahme von § 1153, wie von Fuchs[8]) behauptet wird. Denn selbst wenn man mit ihm davon ausgeht, daß in den Fällen des § 1156 die Forderung für das dingliche Recht nicht fingiert wird, so handelt es sich in § 1156 nur darum, daß der Eigentümer sich nach dieser Bestimmung auf gewisse Vorgänge nach der Übertragung nicht berufen kann,[9]) soweit der neue Gläubiger den dinglichen Anspruch geltend macht, während er sich auf diese Vorgänge berufen kann, soweit die Forderung geltend gemacht wird. Die Übertragung der Hypothek hat also mit der persönlichen Forderung stattgefunden. Die Forderung ist übrigens auch zu fingieren.[10]) Zuzugeben ist, daß sowohl in den Fällen des § 1138 wie des § 1156 ein Auseinanderfallen von Hypothek und Forderung insoweit stattfindet, als der Gläubiger mit der dinglichen Klage durchdringen, während er mit der persönlichen Klage abgewiesen werden kann. Das ist aber kein Beweis gegen § 1153, der nur die getrennte Übertragung von Hypothek und Forderung verbietet.

---

[1]) Vgl. hierzu Fuchs a. a. O. Anm. 4 zu § 1153.
[2]) a. a. O. S. 270 Anm. 2.
[3]) a. a. O. S. 774.
[4]) a. a. O. Anm. III 2b zu § 1153.
[5]) a. a. O. S. 536.
[6]) a. a. O. S. 148 f. [7]) Grundbuchr. S. 701.
[8]) a. a. O. Anm. Ia zu § 1153; Anm. 4 zu § 1156.
[9]) Planck a. a. O. Anm. 1 zu § 1156.
[10]) Biermann a. a. O.; Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 1156.

D. Der § 1154 BGB. findet auf die Grundschuld Anwendung, auch hier mit der Maßgabe, daß anstelle von „Forderung“ „Grundschuld“ oder ein ähnlicher Ausdruck zu setzen ist.[1]) Selbstverständlich gilt § 1154 nur für das dingliche Recht bei der Grundschuld, nicht für die durch sie gesicherte Forderung. Diese wird nach dem Recht der Schuldverhältnisse formlos übertragen.[2])

Auch § 1155 BGB. kann auf die Grundschuld nur mit derselben Maßgabe erstreckt werden wie § 1154.[3])

Mit Oberneck[4]) in § 1155 einen redaktionellen Mangel bezüglich des Wortes „Forderung“ anzunehmen, um die Anwendbarkeit auf die Grundschuld zu begründen, erscheint nicht erforderlich, weil bei der Grundschuld hier, wie auch bezüglich anderer Bestimmungen, die Annahme einer analogen Anwendbarkeit genügt.

Während die Hypothek ausnahmslos gemäß § 1154 übertragen wird, soweit rechtsgeschäftliche Übertragung in Frage kommt, findet sich für die Grundschuld eine Ausnahme bezüglich der Inhabergrundschuld, welche durch Übergabe des Briefes und Einigung übertragen wird (§ 1195 BGB.).

Im übrigen gilt für die Hypothek und Grundschuld bezüglich der Übertragung dasselbe, auch bezüglich der Belastung mit einem Pfandrecht oder einem Nießbrauch, ferner in bezug auf Pfändung und Überweisung (§§ 1069, 1080, 1274, 1291 BGB.; §§ 830, 837, 857 Abs. 6 ZPO.)

Im Anschluß an die Unterschiede bezüglich der Übertragung ist noch die Frage zu erörtern, ob § 416 BGB. sich auf die Grundschuld bezieht, wenn sie zur Sicherung einer persönlichen Forderung dient.

Wir verneinen mit der durchaus herrschenden Ansicht diese Frage.[5]) Eine nähere Begründung für die Unanwendbarkeit

---

[1]) Vgl. § 1142 g des Entw. B der Red.-Kommiss. Fuchs a. a. O Anm. I 1c zu § 1154 und die dort zitierte Stelle aus den Motiven.

[2]) Biermann a. a. O. Anm. 1 zu § 1192; Kretzschmar a. a. O. Anm. 3b zu § 1192.

[3]) Vgl. § 1142h des Entw. B der Red.-Kommiss.

[4]) Grundbuchr. S. 793.

[5]) Gegen die herrschende Ansicht Brettner, bei Fuchs, Grundbuchr., Einleitung S. 42 zitiert.

des § 416 auf die Grundschuld wird in der Literatur, soweit ersichtlich, nicht gegeben, sondern vielfach nur bemerkt,[1]) daß eine Ausnahme von der Unanwendbarkeit für das Zwangsversteigerungsverfahren durch § 53 Abs. 2 ZVG. statuiert sei.

Wir erblicken ein Argument für die herrschende Ansicht in dem Umstande, daß in § 416 die Grundschuld nicht, wie dies in § 53 ZVG. geschehen ist, erwähnt ist. Hätte dieser Paragraph sich auch auf die Grundschuld beziehen sollen, so wäre eine ausdrückliche Bestimmung bezüglich der Grundschuld, eventuell ebenfalls mit Abweichungen von der Hypothek (wie in § 53 Abs. 2 ZVG.), aufgenommen worden.

§ 5.

Fälligkeit, Kündigung, Zahlungsort, Nebenleistungen.

Bei der Hypothek ist der Eigentümer nach § 1142 Abs. 1 BGB. berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Bei der Grundschuld, auf welche Abs. 2 Anwendung findet, gilt das nicht. Es greift an Stelle des Abs. 1 die besondere, für die Grundschuld gegebene Vorschrift des § 1193 BGB. ein, wonach die Grundschuld mangels einer anderen Abrede erst nach vorgängiger Kündigung fällig wird, die Kündigungsfrist sechs Monate beträgt, und die Kündigung sowohl dem Eigentümer wie dem Gläubiger zusteht.[2]) Eine solche besondere Vorschrift war erforderlich, weil bei der Grundschuld eine persönliche Forderung, auf welche die Beteiligten bei der Hypothek mangels

---

[1]) Biermann a. a. O. Anm. 1 zu § 1192; Kober a. a. O. Anm. II 8 zu § 1192; Kretzschmar a. a. O. Anm. 2c zu § 1192; Mittelstein a. a. O. S. 44 f.; Planck a. a. O. Anm. 5 zu § 1192; Turnau-Förster a. a. O. Anhang B I 4 S. 1133. Gegen Anwendbarkeit des § 416 auf die Grundschuld noch: Böhm a. a. O. Anm. 6 zu § 1192; Endemann a. a. O. S. 886 Anm. 10; Fuchs, Grundbuchr., Einleitung S. 42; Lehmann BGB. a. a. O. S. 334; Oberneck, Grundbuchr. S. 853; Willenbücher a. a. O. Anm. 1 zu § 1192.

[2]) Fuchs a. a. O. Anm. 4 zu § 1142; Planck a. a. O. Anm. 7 zu § 1142.

einer entsprechenden Abrede zurückgehen können, vielfach fehlt.[1])

Der Ort der Zahlung fällt bei der Hypothek im Zweifel mit dem Ort der Erfüllung des persönlichen Schuldverhältnisses zusammen. Bei der Grundschuld ist dagegen gemäß § 1194 BGB., auch wenn ihr eine persönliche Forderung zugrunde liegt, grundsätzlich als Zahlungsort für Kapital, Zinsen und sonstige Nebenleistungen der Sitz des Grundbuchamtes anzusehen.

In § 1192 Abs. 2 ist bestimmt, daß für Zinsen der Grundschuld die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung gelten sollen. Bei dem Mangel einer klaren gesetzlichen Definition der Grundschuld und bei ihrer Unabhängigkeit von einer Forderung hätte es nämlich im Gegensatz zur Hypothek zweifelhaft sein können, ob überhaupt eine Grundschuld verzinst werden könne, und wie eventuell die Zinsen rechtlich zu behandeln seien. Bei der Hypothek ist eine Forderung vorhanden, deren Erweiterung um die Zinsen von selbst auch die Erweiterung des dinglichen Rechts nach sich zieht, wenn der Zinssatz eingetragen ist. Bei der Grundschuld dagegen fehlt vielfach eine Forderung, und es hätte daher der Hinzutritt von wiederkehrenden Geldnebenleistungen als weitere reallastähnliche Belastung erscheinen und § 1108 BGB. für anwendbar erklärt werden können,[2]) umsomehr, als man bei der naheliegenden Analogie mit dem Wechsel auf die Unzulässigkeit der Verzinsung der Grundschuld hätte schließen können.

Diese Auslegung wird durch § 1192 Abs. 2 ausgeschlossen.

Bezüglich der Fälligkeit der Grundschuldzinsen können sich — mangels einer besonderen gesetzlichen Bestimmung — zwischen den Beteiligten, ebenfalls im Gegensatz zur Hypothek, welcher stets eine Forderung zugrunde liegt, Zweifel ergeben. Das Gesetz hat jedoch von einer besonderen Bestimmung Abstand genommen, weil in der Regel in der Ein-

---

[1]) Matthias a. a. O. S. 186; Müller und Meikel a. a. O. S. 925; Oberneck, Grundbuchr. S. 1012.

[2]) Mot. S. 780 (Mugdan S. 435); Fuchs a. a. O. Anm. 6 zu § 1192; Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 1192.

tragungsbewilligung von den Beteiligten angegeben werde, wann die Zinsen zu entrichten seien.[1]) Wenn dies nicht der Fall sei, werde man anzunehmen haben, daß die Fälligkeit nach Ablauf eines Jahres, eventuell bei Fälligkeit des Kapitals eintrete,[2]) wenn dieses vor Ablauf eines Jahres aus dem Grundstück zu zahlen sei. — § 1146 hat gemäß § 1192 Abs. 2 auch auf die Grundschuld Bezug.[3])

§ 6.

Wirkungen der freiwilligen Befriedigung des Gläubigers.

Bei der Hypothek erwirbt der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische Eigentümer, wenn er den Gläubiger befriedigt, die Forderung und damit die Hypothek (§§ 1143, 1153, 401 BGB.). Daß diese Vorschrift auf die Grundschuld nicht unmittelbar zur Anwendung kommen kann, weil die Grundschuld von der Forderung, welche etwa durch sie gesichert wird, unabhängig ist (vgl. § 1192 BGB.), daß namentlich bei der Grundschuld, auch wenn sie zur Sicherung einer persönlichen Forderung dient, diese bei Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer nicht auf diesen übergeht, wird fast allgemein angenommen.[4]) Fuchs[5]) und Huther[6]) verteidigen die gegenteilige Auffassung. Gegen Fuchs gilt dasselbe, was wir gegen seine Behauptung, daß § 1153 BGB. sich auch auf die Grundschuld beziehe, bemerkt haben. (S. 111.)

Speziell die Anwendung des § 1143 auf die Grundschuld begründet Fuchs noch damit, daß diese Bestimmung der Ausfluß eines allgemeinen, das Obligationen- und Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs beherrschenden Prinzips sei, wonach,

---

[1]) Mot. S. 789 (Mugd. S. 440).

[2]) Mot. a. a. O.; vgl. auch Oberneck, Grundbuchr. S. 1017.

[3]) Fuchs a. a. O. Anm. 2 zu § 1192; Kretzschmar a. a. O. Anm. 5 zu § 1146; Neumann a. a. O. Anm. B zu § 1146.

[4]) Vgl. z. B. Biermann a. a. O. Anm. 5 zu § 1143; Böhm a. a. O. Anm. B zu § 1143; Fischer a. a. O. Anm. 7 zu § 1143; Planck a. a. O. Anm. 5 zu § 1192, Anm. 5 zu § 1143.

[5]) a. a. O. Anm. 21 zu § 1192.

[6]) Mecklenburgische Zeitschr. 18. Bd. 1. Heft S. 76 ff.

wo nur irgend angängig, Ersatzansprüche (hier der des persönlichen Schuldners) durch Übertragung des Gläubigerrechts unmittelbar und dinglich gesichert werden sollen.

Daß dieses Prinzip aber tatsächlich für das BGB. bestehe, läßt sich nicht nachweisen; Fuchs muß selbst einräumen, daß abzuwarten sein werde, ob die fortschreitende Rechtsentwicklung dieses Prinzip anerkennen werde.

Auch bei Huther findet sich im wesentlichen dieselbe Begründung.[1])

Es fragt sich nun, ob nicht wenigstens, falls der Gläubiger einer zur Sicherung einer persönlichen Forderung dienenden Grundschuld durch den (mit dem persönlichen Schuldner nicht identischen) Eigentümer befriedigt wird, das dingliche Recht, die Grundschuld selbst, auf den Eigentümer übergeht.

Es herrscht allgemeines Einverständnis darüber, daß in dem gedachten Falle ein solcher Übergang stattfindet; ebenso wird dieser, was hier in diesem Zusammenhange gleich bemerkt werden möge, für den Fall angenommen, daß der befriedigende Eigentümer mit dem persönlichen Schuldner identisch ist. Offenbar läßt man[2]) den Übergang der Grundschuld in diesen beiden Fällen deshalb zu, weil man ein Vorrücken der nachstehenden Gläubiger für diese Fälle für ungerechtfertigt ansieht.

Die durchaus herrschende Ansicht läßt sich aber auch aus dem Gesetz rechtfertigen.

Es ist in diesem allerdings direkt weder bezüglich der Hypothek noch bezüglich der Grundschuld der Satz ausge-

---

[1]) Gegen Fuchs und Huther noch: Düker a. a. O. S. 59 f.; Hanson a. a. O. S. 53 ff.; Trobitzsch a. a. O. S. 36 f. Hanson weist zutreffend noch darauf hin, daß § 1173 BGB., wie es durch Fuchs geschieht, zum Beweise dafür nicht herangezogen werden kann, daß zwischen Eigentümer und persönlichem Schuldner bei der Grundschuld ein Gesamtschuldverhältnis bestehe. In § 1173 handelt es sich um das Verhältnis der dinglich haftenden Eigentümer zueinander; zwischen ihnen kann ein Gesamtschuldverhältnis bestehen, nicht aber zwischen Eigentümer und persönlichem Schuldner, da es sich — vorausgesetzt, daß der Eigentümer überhaupt schuldete — um verschiedene Leistungsinhalte handeln würde.

[2]) Vgl. hierzu Oberneck, Grundbuchr. S. 663.

sprochen, daß der befriedigende Eigentümer das dingliche Recht erwirbt. Bei der Hypothek wird vielmehr das Entstehen der Eigentümerhypothek für den Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den mit dem persönlichen Schuldner nicht identischen Eigentümer auf den Erwerb der Forderung abgestellt, wie sich aus § 1143 ergibt; die Forderung dient als das Mittel, um (mit Hilfe des § 1153) dem Eigentümer auch das dingliche Recht zuzuwenden.

Für den Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den mit dem persönlichen Schuldner identischen Eigentümer ergibt sich bei der Hypothek der Übergang des dinglichen Rechts aus § 1163 Abs. 1 BGB. Auch für diesen Fall wird also vom Gesetz von der Forderung bzw. von dem Erlöschen der Forderung ausgegangen, um den Erwerb des dinglichen Rechts für den Gläubiger herbeizuführen. Für die Hypothek hat das Fehlen einer besonderen Bestimmung, wonach der befriedigende Eigentümer die Hypothek erwirbt, daher nichts auf sich. Selbst wenn der Eigentümer, der mit dem persönlichen Schuldner identisch ist, ausdrücklich auf das dingliche Recht (nicht auf die Forderung) leisten würde, müßte doch durch diese Befriedigung die persönliche Forderung getilgt werden (und mithin § 1163 Abs. 1 zur Anwendung kommen). Denn Forderung und dingliches Recht sind bei der Hypothek auf Grund der zwingenden Vorschrift des § 1153 BGB. eng miteinander verbunden. Anders bei der Grundschuld; hier hat das Fehlen einer besonderen Bestimmung, wonach der befriedigende Eigentümer die Grundschuld erwirbt, Bedeutung. Denn beide Bestimmungen — § 1143 und § 1163 Abs. 1 — finden auf die Grundschuld infolge des § 1192 an sich keine Anwendung.[1]) Die Motive[2]) lehnen die Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung (wonach der befriedigende Eigentümer die Grundschuld erwirbt) ab, weil § 1094 Entwurf I zur Anwendung komme, welcher lautet: „Die Hypothek erlischt dadurch nicht, daß der Gläubiger von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks befriedigt wird."

---

[1]) Über die abweichende Auffassung bezüglich der Anwendung des § 1163 Abs. 1 auf die Grundschuld gleich weiter unten folgd. Paragraph zu A.

[2]) S. 786 (Mugdan a. a. O. S. 439).

Es ist also in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich gesagt, daß die Hypothek (bezw. bei analoger Anwendung auf die Grundschuld diese) auf den Eigentümer übergeht. Es ergibt sich aber der Übergang, wie die Motive bemerken, mit Notwendigkeit aus § 1094. In das BGB. ist nun eine dem § 1094[1] entsprechende Bestimmung weder für die Hypothek, noch für die Grundschuld (vielleicht hinsichtlich letzterer versehentlich), nicht eingestellt worden. Für die Hypothek reichen (an Stelle des § 1094[1]) die §§ 1143, 1163 Abs. 1 aus. In der Tendenz des Gesetzes dürfte es aber hiernach liegen, den befriedigenden Eigentümer auch die Grundschuld erwerben zu lassen, also insoweit die §§ 1143, 1163 auf die Grundschuld analog zur Anwendung zu bringen.[1])

Der persönliche Schuldner erwirbt bei der Hypothek, wenn er den Gläubiger befriedigt, die Hypothek insoweit, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann (§ 1164 BGB.). Für diese Bestimmung ist aus dem gleichen Grunde wie hinsichtlich des § 1143 BGB. kein Raum im Grundschuldrecht.[2]) Befriedigt also der persönliche Schuldner den Grundschuldgläubiger, so bleibt die Grundschuld beim Gläubiger; nur auf Grund besonderer Vereinbarung hat der persönliche Schuldner einen persönlichen Anspruch auf Abtretung der Grundschuld gegen den Gläubiger.

Fuchs[3]) und Huther[4]) sind auch hier anderer Ansicht. Es gelten gegen diese entsprechende Gründe wie oben S. 124 f.

Als dritter Fall der Befriedigung kommt der durch einen Dritten in Betracht. Gemäß § 1150 stehen bei der Hypothek die Rechte aus § 268 (§§ 1144 f.) dem Ablösungsberechtigten schon dann zu, wenn der Gläubiger auch nur Befriedigung

---

[1]) Vgl. hierzu namentlich Fuchs a. a. O. Anm. 11 zu § 1143; Düker a. a. O. S. 44 f.; ferner den § 1139 b des Entwurfs B der Red.-Kommiss.

[2]) Biermann a. a. O. Anm. 3 zu § 1164, Anm. 1 zu § 1192; Böhm a. a. O. Anm. II zu § 1164; Fischer a. a. O. Anm. 1 zu § 1192; Hachenburg, Vortr. S. 541; Kober a. a. O. Anm. Ia zu § 1192; Kretzschmar a. a. O. Anm. 2a und b zu § 1192; Kuhlenbeck a. a. O. Anm. 1 zu § 1192; Leske a. a. O. S. 572; Mittelstein a. a. O. S. 116; Männer a. a. O. S. 429, Anm. 188; Neumann a. a. O. Anm. 7 zu § 1164; Oberneck, Grundbuchr. S. 1010 f.; Planck a. a. O. Anm. 5 zu § 1192.

[3]) a. a. O. [4]) a. a. O.

verlangt. Nach § 268 Abs. 2 erwirbt der Dritte die Forderung und damit die Hypothek. Die Anwendbarkeit auf die Grundschuld ist ohne weiteres klar. Zu beachten ist auch hier, daß an Stelle von „Forderung“ in § 268 Abs. 2 für die Anwendbarkeit auf die Grundschuld „Belastung“ oder ein ähnlicher Ausdruck zu setzen ist.

§ 7.

Rechtsschutz bei Hypothek und Grundschuld.

A. Einwendungen und Einreden des Eigentümers.

Bei der Behandlung der Einwendungen und Einreden gelangen wir auf ein Gebiet, auf welchem sich die im praktischen Leben wohl wichtigsten Abweichungen zwischen Hypothek und Grundschuld ergeben.

Zur besseren Klarstellung unserer Ausführungen möge vorausgeschickt werden, daß folgende Arten von Einwendungen und Einreden bei der Hypothek zu unterscheiden sind.[1])

a) Einwendungen gegen das dingliche Recht unmittelbar, die aus Mängeln der Einigung oder der Eintragung entnommen sind.

b) Einreden[2]) gegen das dingliche Recht aus einem zwischen dem Eigentümer und dem klagenden Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse (z. B. Einrede der Stundung, des Erlasses des dinglichen Rechts, der ungerechtfertigten Bereicherung des klagenden Gläubigers usw.)[3])

c) Einwendungen gegen die persönliche Forderung.

d) (zivilrechtliche) Einreden[4]) des persönlichen Schuldners.

e) Einreden des Bürgen (vgl. § 1137 BGB.).

Der Rechtsschutz des mit der dinglichen Klage belangten Eigentümers wird zunächst durch die Zulässigkeit der Ein-

---

[1]) Bezüglich dieser Einteilung vgl. Biermann a. a. O. Anm. zu § 1137; Fuchs a. a. O. Anm. 5 zu § 1137 und (bezüglich der Einreden zu b) Anm. 2 zu § 1157; Planck a. a. O. Anm. 1 zu § 1137.

[2]) Es gibt Einreden gegen das dingliche Recht; vgl. § 1137 Satz 1; anderer Ansicht: Endemann a. a. O. S. 855 Anm. 2.

[3]) Vgl. Fuchs a. a. O. Anm. 2 zu § 1157.

[4]) Über den Unterschied zwischen Einwendung und Einrede Fischer a. a. O. Anm. 6 zu § 202.

wendungen gegen das dingliche Recht (vgl. zu a) der Einteilung) gewährleistet. Hierbei besteht zwischen Hypothek und Grundschuld keine Divergenz. In zweiter Linie dienen dem Schutze des Eigentümers die Einwendungen gegen die persönliche Forderung. (Vgl. zu c) der Einteilung.). Bei der Hypothek haben diese Einwendungen die Bedeutung eines Bestreitens der Aktivlegitimation des Gläubigers. Das dingliche Recht wird dadurch, daß die Forderung nicht entsteht oder erlischt, nicht berührt, sondern entsteht oder besteht weiter, nur steht es dem Eigentümer zu (§ 1163, 1177 BGB.). Auch bei einer Grundschuld ist es auf das dingliche Recht ohne Einfluß, wenn die Forderung nicht entsteht oder erlischt. Aber es kann nicht davon die Rede sein, daß die Grundschuld grundsätzlich in diesen Fällen auf den Eigentümer übergeht und dieser infolgedessen die Aktivlegitimation des Gläubigers bestreiten kann; die Grundschuld bleibt grundsätzlich beim Gläubiger, das folgt aus der begrifflichen Unabhängigkeit der Grundschuld von einer Forderung. Daraus, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt, ergibt sich die Unanwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 (vgl. § 1192 BGB.). Nur wenn die durch eine Grundschuld gesicherte Forderung durch Befriedigung seitens des Eigentümers erlischt, geht die Grundschuld, wie oben ausgeführt, auf ihn über.[1])

Indessen wird in der Literatur und Judikatur nicht selten die Anwendung des § 1163 Abs. 1 auf die Grundschuld in weiterem Umfange verteidigt. In der Literatur sind diese Auffassungen hauptsächlich bei der Erörterung eines speziellen, durch das Reichsgericht entschiedenen Falles vertreten worden. Diese vielbesprochene Entscheidung (Bd. 60, S. 251 ff.), die von der Mehrzahl der Schriftsteller als unzutreffend und

---

[1]) Biermann a. a. O. Anm. 1 zu § 1192, Anm. 2 zu § 1163; Düker a. a. O. S. 45 f.; Endemann a. a. O. S. 887, Anm. 19; Kober a. a. O. Anm. II 5 zu § 1192; Kretzschmar a. a. O. Anm. 2 zu § 1192; Leske a. a. O. S. 572; Männer a. a. O. S. 429 Anm. 187; Müller und Meikel a. a. O. S. 924; Oberneck, Grundbuchr. S. 1010, 663 f.; Planck a. a. O. Anm. 5, 4d zu § 1192; Turnau-Förster a. a. O. Anm. 2 u. 5 zu § 1192, Anm. II 5 zu § 1143, welche die Unanwendbarkeit des § 1163 auf die Grundschuld auch im wesentlichen so wie wir begründen (vgl. z. B. Kober, Oberneck, Planck, Turnau-Förster a. a. O.).

unbillig bezeichnet wird, und die daran geknüpften Erörterungen sollen daher einer eingehenden Besprechung unterzogen werden.

In dem der Reichsgerichtsentscheidung zugrunde liegenden Falle hatte ein Grundschuldgläubiger im Zwangsversteigerungsverfahren nur einen Teil des Nennwerts der Grundschuld liquidiert, indem er hierbei erklärte, daß er nur in Höhe des liquidierten Betrages Valuta gezahlt habe. Der Eigentümer, der zugleich Besteller der Grundschuld war, hatte auf den freigewordenen Betrag nach dem Tatbestande des Urteils keine Ansprüche geltend gemacht, wohl aber einige seiner Gläubiger, welche hinsichtlich des freigewordenen Betrages Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse erwirkt hatten. Es handelte sich nun in dem betreffenden Rechtsstreite darum, ob der Eigentümer (Subhastat) hinsichtlich des freigewordenen Betrages eine Eigentümergrundschuld erworben habe, und daher dieser den erwähnten Pfändungsgläubigern oder ob er den dem Grundschuldgläubiger nachstehenden Gläubigern gebühre. Das Reichsgericht entschied sich für letzteres, indem es in den Entscheidungsgründen, die wir kurz wiedergeben, ausführte: Eine Eigentümerbelastung entstehe nur in den gesetzlich ausdrücklich bestimmten Fällen, auf einem allgemeinen Rechtsprinzipe beruhe die Entstehung der Eigentümerbelastungen nicht. Bezüglich der Hypothek sei nun in § 1163 Abs. 1 bestimmt, daß der Eigentümer, falls die Forderung nicht zur Entstehung gelange, die Hypothek erwerbe. Diese Vorschrift finde aber auf die Grundschuld nicht Anwendung; denn nach § 1192 BGB. beträfen die Vorschriften über die Hypothek die Grundschuld nur insoweit, als sich nicht daraus ein anderes ergebe, daß sie eine Forderung nicht voraussetze. Die Grundschuld, um die es sich in dem vorliegenden Rechtstreit handle, falle daher ins Leere, sie stehe weder dem Eigentümer noch dem Grundschuldgläubiger zu, der Betrag der Grundschuld sei daher, soweit ihn der Grundschuldgläubiger nicht liquidiert habe, den nachstehenden Gläubigern zuzuteilen.

Die Frage, ob der Eigentümer die Grundschuld auf Grund des § 1168 BGB. erworben habe, verneint das Reichsgericht, und zwar deshalb, weil das Recht auf den Versteigerungserlös ein anders geartetes Recht sei als die Grundschuld selbst.

§ 1168 BGB. beziehe sich aber nur auf die Grundschuld bzw. die Hypothek selbst.

Im übrigen läßt es das Reichsgericht dahingestellt, ob überhaupt in der Erklärung des Grundschuldgläubigers, einen Teil der Grundschuldvaluta nicht liquidieren zu wollen, ein Verzicht zu erblicken sei.

Diese Entscheidung hat die Zustimmung Landsbergs[1]) und Du Chesnes[2]) gefunden, ist aber im übrigen, wie schon bemerkt, viel angefochten worden.

In der Tat erscheint auch das Resultat unbillig, zu dem das Reichsgericht in dem dort vorliegenden Falle gelangt. Denn nach den Entscheidungsgründen ist es vom Belieben des Grundschuldgläubigers abhängig, ob die nachstehenden Gläubiger den freiwerdenden Betrag erhalten oder nicht. Liquidiert der Grundschuldgläubiger nicht, so würde ersteres der Fall sein, liquidiert er, so müßte er den Betrag der nicht valutierten Forderung dem Grundstückseigentümer als auf dessen Kosten ungerechtfertigt bereichert herauszahlen.[3])

Aber das Bestreben, zu einem für den streitigen Fall befriedigenden Ergebnis zu gelangen, darf nicht dazu verleiten, § 1163 Abs. 1 auf die Grundschuld für anwendbar zu erklären, wie es z. B. bei Dernburg,[4]) Hachenburg,[5]) Jäckel[6]) [7]) geschieht, zumal da auch auf anderem Wege Unbilligkeiten vermieden werden.[8]) Die Begründung des Reichsgerichts, die die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 auf die Grundschuld verneint, ist insoweit für zutreffend[9]) zu erachten.

Unrichtig ist aber u. E. die Begründung des Reichsgerichts insofern, als die Anwendung des § 1168 BGB. für unzuläßig erklärt wird, weil das Recht auf den Versteigerungserlös ein anders geartetes Recht als die Grundschuld selbst sei. Damit hat sich das Reichsgericht in Widerspruch zu früheren Ent-

---

[1]) Pos. Monatsschrift 1905 S. 78 f.
[2]) Bayr. Zeitschr. f. R. 1905, S. 257 f.
[3]) Dernburg, Sachenr. S. 824 Anm. 7; Jäckel in Gruchot, Bd. 50 S. 604.
[4]) a. a. O. [5]) D. J.-Ztg. 1906 Sp. 297 f.
[6]) a. a. O. S. 604 ff.
[7]) Vgl. auch Entsch. des OLG. Königsberg bei Dernburg a. a. O.
[8]) Vgl. unsere folgenden Ausführungen.
[9]) Vgl. die S. 129 geltend gemachten Gründe und die dort Angeführten.

scheidungen[1]) gestellt, nach denen der Versteigerungserlös an die Stelle des Grundstücks tritt; diese früheren Entscheidungen sind für zutreffender anzusehen[2]) [3]).

Da nun in der Erklärung des Grundschuldgläubigers, nicht zu liquidieren, ein Verzicht liegt[4]), entsteht für den Eigentümer im vorliegenden Falle auf Grund des § 1168 hinsichtlich des freiwerdenden Betrages eine Eigentümergrundschuld. Damit ist vermieden, daß die Grundschuld ins Leere fällt, wie sich jene Reichsgerichtsentscheidung ausdrückt, und daß der freiwerdende Betrag den nachstehenden Gläubigern zuzuteilen ist[5]).

Aber selbst wenn man in der Erklärung des Grundschuldgläubigers, nicht zu liquidieren, einen Verzicht nicht sehen und man § 1168 BGB. nicht zur Anwendung bringen wollte, müßte man zu einer anderen Entscheidung wie das Reichsgericht gelangen. Es kann zunächst keinesfalls davon die Rede sein, daß die Grundschuld „ins Leere fällt". Sie verbleibt vielmehr, falls man nicht § 1168 BGB. zur Anwendung bringt, bei dem Gläubiger[6]). Berücksichtigt man hierzu, daß auf Grund des § 1157 BGB., auf den wir gleich noch näher zurückkommen, der Eigentümer und Besteller der Grundschuld einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Rückübertragung der Grundschuld) hat, soweit Valuta nicht gezahlt

---

[1]) ERG. Bd. 55 S. 217 ff., insbesondere S. 223, Bd. 51 S. 398 ff., anders allerdings schon Bd. 55 S. 260 ff., insbesondere S. 264.

[2]) Vgl. hierzu Oberneck, Grundbuchr. S. 659, 671, dessen Auffassung der Hypthek und Grundschuld als Wertrechte durch das Eintreten dieser Surrogation jedoch nicht erwiesen wird. Gegen die Entsch. Bd. 55 S. 217 ff. (Entsch. des 5. Senats vom 5. Juni 1903) zu Unrecht: Kretzschmar im Zentrbl. f. freiw. Gerichtsbkt. 4, S. 195 ff.

[3]) Auch Jäckel a. a. O. S. 596 ff. spricht sich für das Surrogationsprinzip und die Anwendung des § 1168 im vorliegenden Falle aus (bekämpft aber die Wertparzellentheorie Obernecks).

[4]) Anders Eccius bei Gruchot (Bd. 51 S. 163), der keinen Verzicht annimmt, im übrigen aber ebenfalls das Surrogationsprinzip vertritt.

[5]) Eine Eigentümergrundschuld läßt auch außer den auf voriger Seite Angeführten, welche den § 1163 Abs. 1 auf die Grundschuld zur Anwendung bringen, Kober a. a. O. (Anm. II 5 zu § 1192) entstehen, ob auf Grund des § 1168, ist nicht klar ersichtlich.

[6]) So auch Turnau-Förster a. a. O. Anm. 5 zu § 1192; vgl. auch Nissen in Jur. Wochschr. 1906, S. 803 ff.

ist, so ergibt sich daraus für den vorliegenden Fall, daß der Versteigerungsrichter den freiwerdenden Betrag dem Eigentümer (bezw. seinen Gläubigern, welche in dem Versteigerungsverfahren Anspruch auf diesen Betrag erhoben hatten), aber nicht den nachstehenden Gläubigern zuzuteilen hätte. Denn durch die Erklärung, nicht zu liquidieren, genügt der Grundschuldgläubiger seiner Verpflichtung auf Rückübertragung der Grundschuld bezw. auf Übertragung des Rechts am Versteigerungserlöse[1]).

Mit Hilfe des § 1157 suchen auch Hinsberg,[2]) Kretzschmar,[3]) Planck[4]) zu einem mehr der Billigkeit entsprechendem Ergebnis zu gelangen; nur sehen sie in der Erklärung des Gläubigers, nicht zu liquidieren, nicht die Erfüllung der Verpflichtung auf Rückübertragung der Grundschuld.

Die Gründe, welche Dernburg[5]) dafür geltend macht, daß § 1163 Absatz 1 auf die Grundschuld Anwendung finden müsse, knüpfen zum größten Teil eng an die eben erörterte Reichsgerichtsentscheidung an.

Nach ihm ergibt sich die Anwendbarkeit des § 1163 Absatz 1 auf die Grundschuld u. a. aus § 1198 BGB. Hiernach sei zur Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehend Berechtigten nicht erforderlich. Das sei nur verständlich, wenn sich ihre Rechtsstellung nicht dadurch verändere, daß die vorstehende Post eine Hypothek oder Grundschuld sei. Nach der Auffassung des Reichsgerichts hätten aber die Realgläubiger, so führt Dernburg weiter aus, wenn die ihnen vorgehende Post eine Grundschuld sei, die Anwartschaft, bei deren Wegfall an deren Stelle zu rücken, und diese Anwartschaft könnte ihnen ohne ihre Zustimmung dadurch entzogen werden, daß die Grundschuld in eine Hypothek verwandelt würde.

Da aber auch ohne Erstreckung des § 1163 Absatz 1 auf die Grundschuld in dem der Reichsgerichtsentscheidung zugrunde liegenden Falle ein Nachrücken der dem Grundschuld-

---

[1]) Vgl. Turnau-Förster a. a. O.
[2]) In D. J. Ztg. 1906 Sp. 257 f. [3]) a. a. O. Anm. 2a zu § 1192.
[4]) a. a. O. Anm. 5 zu § 1192. [5]) a. a. O..

gläubiger nachstehenden Gläubiger, wie ausgeführt, aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht zu folgern ist, erledigt sich damit das Argument Dernburgs.

Fischer[1]) und Kindel[2]) nehmen bei Erlöschen der durch die Grundschuld gesicherten Forderung allgemein (nicht bloß für den Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer) Entstehung einer Eigentümergrundschuld an.

Kindels Ansicht beruht auf der Definition der Grundschuld als eines durch die Sachhaftung gedeckten Forderungsrechts.

Wegen der Unabhängigkeit der Grundschuld von einer Forderung und mit Rücksicht auf § 1192 BGB. ist, wie dargelegt (S. 129), die Anwendung auch nur des Absatzes 1 Satz 2 des § 1163 zu verneinen.[3])

Dem Eigentümer stehen ferner bei der Hypothek die aus einem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse sich ergebenden Einreden gegen das dingliche Recht (vergl. zu b unserer Einteilung) auch gegen einen Sondernachfolger vorbehaltlich der Vorschriften über den guten Glauben zu. Für die Hypothek hätte sich diese Bestimmung (§ 1157 Satz 1) schon aus den §§ 404, 413 folgern lassen[4]) [5]). Die Zuläßigkeit dieser Einreden gegenüber einem Sondernachfolger sollte aber durch positive Bestimmung außer Zweifel gestellt werden.

Für die Grundschuld ließ sich § 1157 Satz 1 wegen ihrer abstrakten Natur kaum aus anderen Vorschriften folgern.[6]) Aus diesem Grunde ist auch die Anwendbarkeit des § 1157 auf die Grundschuld nicht ohne weiteres zu bejahen. In der Literatur wird die Anwendbarkeit des § 1157 ohne Bedenken ausgesprochen,[7]) und zu diesem Resultate wird man auch aus Zweckmäßigkeitsgründen gelangen müssen. Bejaht man die

---

[1]) a. a. O. Anm. 9 zu § 1163. [2]) Festg. S. 108.

[3]) Das gilt auch gegen Fuchs a. a. O. Anm. 18 cc. zu § 1192, der die Anwendbarkeit des Abs. 1 Satz 2 für den Fall der Beerbung des Gläubigers durch den Eigentümer vertritt.

[4]) Biermann a. a. O.; Fuchs a. a. O. Anm. 1 zu § 1157.

[5]) Für die Hypothek liegt denn auch die Bedeutung des § 1157 hauptsächlich im Satz 2.

[6]) Biermann a. a. O.; Fuchs a. a. O.

[7]) Gegen die Anwendbarkeit des § 1157: Böhm a. a. O. Anm. III zu § 1157.

Anwendbarkeit, so verschafft man dadurch gegenüber der Klage aus der Grundschuld der Einrede aus der ungerechtfertigten Bereicherung auch gegenüber einem Sondernachfolger des Gläubigers Eingang, was bei der Grundschuld von großer Bedeutung ist, worauf wir noch näher zurückkommen.

Es möge hervorgehoben werden, daß es sich in § 1157 um Eigeneinreden des Eigentümers handelt, die Einreden also nur demjenigen Eigentümer zustehen, welcher zu dem klagenden Gläubiger in dem betreffenden Rechtsverhältnisse steht, nicht einem Sondernachfolger dieses Eigentümers,[1]) und fernerhin, daß es sich um Einreden aus obligatorischen Rechtsverhältnissen, also nicht um Einreden, die aus dem Inhalt des dinglichen Vertrages (der Einigung) oder der Eintragung entnommen sind, handelt.[2])

Kann man nun vielleicht die Folgerung ziehen: Da § 1157 Einreden genüber dem dinglichen Rechte aus einem persönlichen Rechtsverhältnisse betrifft, so sind auf Grund dieses Paragraphen Einreden aus der einer Grundschuld zugrunde liegenden Forderung gegen das dingliche Recht auch gegenüber einem Sondernachfolger des Gläubigers zulässig? Man käme dann also zu dem Ergebnisse, daß der Eigentümer nicht bloß bei der Hypothek, sondern auch bei der Grundschuld, auch gegenüber dem Sondernachfolger unmittelbar auf die Forderung zurückgreifen könnte, also nicht bloß auf den Umweg der Einrede aus ungerechtfertigter Bereicherung verwiesen wäre.

Diese Frage ist zu verneinen,[3]) und zwar aus folgendem Grunde. § 1157 bezieht sich hinsichtlich der Hypothek nicht auf Einreden des Eigentümers aus der persönlichen Forderung, da diese durch § 1137 erschöpfend geregelt sind.

Auch für die Grundschuld kann daher § 1157 die Einreden aus einer durch sie gesicherten Forderung nicht betreffen; es kann nicht eine primär für die Hypothek gegebene Vorschrift nur zum Teil auf diese, ganz aber nur für die Grundschuld Anwendung finden. § 1157 hätte dann insoweit

---

[1]) Fuchs a. a. O. Anm. 5 zu § 1137; Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 1137.

[2]) Fuchs a. a. O. Anm. 2 zu § 1157.

[3]) Oberneck, Grundbuchr. S. 938; Planck a. a. O. Anm. 2a zu § 1137.

in die besonderen Bestimmungen für die Grundschuld gestellt werden müssen.

Für die Einreden aus der Forderung bestimmt § 1137 bei der Hypothek, daß der Eigentümer die dem persönlichen Schuldner aus der Forderung zustehenden Einreden[1] [2]) geltend machen kann, und zwar die Einreden des persönlichen Schuldners selbst dann, wenn dieser auf sie verzichtet hat. Hierdurch ist zum Ausdruck gebracht, daß der Eigentümer nicht bloß dem ursprünglichen Gläubiger, sondern auch dem neuen Gläubiger gegenüber Einreden aus der persönlichen Forderung vorbringen kann (vorbehaltlich der Vorschriften über den guten Glauben), und fernerhin, daß diese Einreden nicht bloß dem Eigentümer, welcher die Hypothek bestellt hat, sondern auch jedem späteren Eigentümer zustehen. Diesen Einreden sind die Einreden des Bürgen gleichgestellt.

Daß § 1137 für die Grundschuld nicht gilt, ist ohne weiteres klar und wohl nicht bestritten.

Bisher gelangten wir zu dem Resultate, daß der Eigentümer bei der Grundschuld im Gegensatz zur Hypothek Einwendungen und Einreden aus der persönlichen Forderung nicht herleiten kann, sondern daß er nur, falls er selbst den Gläubiger befriedigt, sich auf die §§ 1143, 1163 berufen und damit die Aktivlegitimation des Gläubigers bestreiten kann. Dabei berücksichtigen wir noch nicht den Einfluß der Einreden und des Anspruchs aus der ungerechtfertigten Bereicherung, welche bei der Hypothek keine große Rolle spielen, bei der Grundschuld aber in weitem Umfange als Ersatz sonstiger Rechtsbehelfe herangezogen werden müssen und mittelbar dem Eigentümer ebenfalls ein Zurückgreifen auf die Forderung ermöglichen.

Die Grundschuld ist zwar von einer Forderung unabhängig; besteht aber diese nicht oder erlischt sie oder steht ihr eine Einrede entgegen, durch welche ihre Geltendmachung dauernd

---

[1]) § 1137 betrifft nur die Einreden im zivilrechtlichen, nicht im prozeßrechtlichen Sinne; anderer Ansicht: Kuhlenbeck a. a. O. Anm. 3 zu § 1137.

[2]) Die Berufung, daß der Erbe nur beschränkt hafte, steht aber dem Eigentümer nicht zu. Das ist jedoch keine Einrede, wie aus der Fassung des § 1137 geschlossen werden kann (Endemann a. a. O. S. 858 Anm. 10).

ausgeschlossen wird, so hat der Eigentümer, welcher die Grundschuld bestellt oder übertragen hat, gegen seinen Vertragsgenossen den Anspruch auf Übertragung der Grundschuld bezw. er kann von ihm den Verzicht auf die Grundschuld verlangen (§§ 812 ff. BGB.). Einem Sondernachfolger dieses Eigentümers steht aber der Anspruch, sofern er nicht besonders abgetreten wird, wegen seiner lediglich obligatorischen Natur nicht zu. Gegen einen dritten Erwerber der Grundschuld geht dieser Anspruch selbst dann nicht, wenn der Dritte beim Erwerbe der Grundschuld das Sachverhältnis kannte[1]), es sei denn, daß er auf Grund der Vorschriften über unerlaubte Handlungen, aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 822 BGB.) oder einem sonstigen besonderen Rechtsgrunde haftet, oder daß der Anspruch durch eine Vormerkung gesichert war.

Durch einen Widerspruch[2]) kann der Anspruch nicht gesichert werden, denn er macht unmittelbar die Grundschuld nicht nichtig, der Inhalt des Grundbuchs bleibt trotz des Bestehens des Anspruchs an sich richtig, der Widerspruch aber dient nur zur Sicherung eines dinglichen Berichtigungsanspruchs.

Den Anspruch auf Aufhebung oder Übertragung der Grundschuld kann der Eigentümer, welcher die Grundschuld bestellt oder übertragen hat, gegen die Klage aus der Grundschuld im Wege der Einrede geltend machen, und zwar — anders als den Rückforderungsanspruch — auf Grund der besonderen Vorschrift des § 1157 BGB. auch gegenüber einem schlechtgläubigen Sondernachfolger. Durch die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs, der nach Satz 2 des § 1157 zulässig ist[3]), kann die Einrede auch

---

[1]) Vgl. hierzu Planck a. a. O. Anm. 5 zu § 1192; Willenbücher a. a. O. Vorbem. 3 zum 1. Titel des 8. Abschn.; RG. in Jur. Wochenschrift 1901 S. 464.

[2]) Wie Biermann a. a. O. Anm. 5 zu § 1192 behauptet.

[3]) In Satz 2 des § 1157 ist ausnahmsweise ein Berichtigungsanspruch gegeben, der sonst ein dingliches Recht auf Berichtigung, d. h. eine Unrichtigkeit des Grundbuchs voraussetzt, während es sich bei den Einreden des § 1157 um rein obligatorische Rechtsbeziehungen handelt (Fuchs a. a. O. Anm. I a bb zu § 1157).

gegen einen gutgläubigen Erwerber Wirkung erlangen. Man sieht, daß hiernach § 1157 BGB. für die Grundschuld von größerer Bedeutung ist als für die Hypothek.[1])

Die Ausführungen Obernecks,[2]) der den Rückforderungsanspruch dem Eigentümer allgemein gegen einen schlechtgläubigen Sondernachfolger des ursprünglichen Gläubigers gibt, entbehren der gesetzlichen Begründung. Die obligatorische Natur des Rückforderungsanspruchs ist durch besondere Vorschriften nicht dinglich gestaltet. Nur die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung wirkt gemäß positiver Vorschrift (§ 1157 BGB.) auch gegen einen schlechtgläubigen Sondernachfolger.

Im Gesetz finden auch die Auffassungen von Fuchs[3]) keine Stütze, wonach die Grundschuld allgemein vom Gläubiger nicht geltend gemacht werden kann, wenn die durch sie gesicherte Forderung getilgt ist.

Ein Rechtsschutz vermittels des § 1163 Absatz 1 (Bestreiten der Aktivlegitimation) findet, wie oben erwähnt, in diesem Falle nur statt, wenn der Eigentümer selbst die Forderung durch Zahlung getilgt hat. Die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung aber steht nur dem Eigentümer zu, der die Grundschuld bestellt oder übertragen hat, und zwar nur gegen einen schlechtgläubigen Erwerber (sofern nicht ein Widerspruch oder eine Vormerkung eingetragen ist).

Die Bemerkung von Fuchs,[4]) daß Einreden, welche, ohne die Forderung zu beseitigen, den Schuldner nur berechtigen, die Befriedigung der Forderung dauernd oder zurzeit zu verweigern, gegen die Grundschuld unter Umständen im Rahmen einer exceptio doli generalis geltend zu machen sein werden, erscheint nur insofern richtig, als vielfach diese Einreden den Tatbestand einer unerlaubten Handlung in sich enthalten werden. Gegen den Grundschuldgläubiger wird dann also ein Anspruch aus unerlaubter Handlung geltend gemacht werden können.

---

[1]) Denkschrift S. 144 (Mugdan S. 986); Fuchs a. a. O. Anm. 5 zu § 1157; Mittelstein a. a. O. S. 202; Neumann a. a. O. Anm. B zu § 1157; Planck a. a. O. Anm. 4b zu § 1192.

[2]) Grundbuchr. S. 1010. [3]) a. a. O. Anm. 7 zu § 1192.

[4]) a. a. O. Anm. 5cc zu § 1192.

Unzutreffend sind auch die Ausführungen von Biermann[1]) und Willenbücher,[2]) wonach der Eigentümer schlechthin die Zahlung aus dem Grundstück gegenüber der Klage aus der Grundschuld solange verweigern könne, bis ihn der Gläubiger von der persönlichen Schuld befreit habe, sofern der Gläubiger beim Erwerb der Grundschuld gewußt habe, daß sie zur Sicherung einer persönlichen Forderung diene. — Der Eigentümer kann nur dann die Zahlung verweigern, wenn der Grundschuldgläubiger entweder selbst ungerechtfertigt bereichert ist oder beim Erwerbe von der ungerechtfertigten Bereicherung seines Rechtsvorgängers gewußt hat, oder wenn der Grundschuldgläubiger dem Eigentümer aus unerlaubter Handlung oder einem sonstigen besonderen Rechtsgrunde haftet. Die Tatsache allein, daß der Gläubiger gewußt hat, die Grundschuld diene zur Sicherung einer persönlichen Forderung, kann noch nicht dem Eigentümer das Recht geben, Zahlung aus dem Grundstücke zu verweigern. Dingliches Recht und Forderung sind bei der Grundschuld voneinander unabhängig und können an verschiedene Personen gelangen, da § 1153 nicht gilt.

Selbst wenn aber ungerechtfertigte Bereicherung vorliegt, kann nicht der Eigentümer schlechthin Zahlung verweigern, sondern nur der Eigentümer, dem gegenüber die ungerechtfertigte Bereicherung vorliegt, also meist der Besteller.

Zu beachten ist auch, daß der Schutz der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (bei der Grundschuld) in den Fällen der §§ 814 ff. BGB. versagt.[3])

Bei einem Vergleich des Rechtsschutzes des Eigentümers bei der Hypothek mit dem bei der Grundschuld ist zu berücksichtigen, daß der dem Eigentümer bei der Hypothek gewährte Rechtsschutz vielfach infolge der Vorschriften über den guten Glauben illusorisch gemacht wird, und daher der Eigentümer dann bei der Hypothek ebenfalls nicht besser gestellt ist als bei der Grundschuld. Das gilt zunächst bezüglich der Einwendungen gegen die Forderung, wenn also der

---

[1]) a. a. O. Anm. 2 zu § 1153.
[2]) a. a. O. Anm. 5 zu § 1153.
[3]) Oberneck, Grundbuchr. S. 1010.

Eigentümer geltend macht, die Hypothek sei auf ihn übergegangen, weil die Forderung nicht entstanden oder erloschen sei. Bevor er die Umschreibung auf sich im Grundbuch hat bewirken lassen, kann der Gläubiger die Hypothek einem gutgläubigen Dritten übertragen haben, welcher durch § 892 BGB. geschützt ist.

Durch § 1138 BGB. ist der Rechtsschutz der Vorschriften über den guten Glauben aber auch auf die Forderung erstreckt, so daß der Eigentümer auch die ihm aus der Forderung zustehenden Einreden nicht verwerten kann, sobald ein gutgläubiger Dritter klagt.

Schließlich kommt noch in Betracht, daß die dem Eigentümer aus der Forderung zustehenden Einreden, soweit sich diese auf Vorgänge nach der Übertragung an einen andern Gläubiger stützen, durch § 1156 BGB. stark eingeschränkt sind.

Durch eine Vormerkung oder einen Widerspruch kann sich zwar der Eigentümer bei der Hypothek gegen die Wirkung des guten Glaubens schützen, aber diese Rechtsbehelfe stehen dem Eigentümer auch bei der Grundschuld zu, um sich eine Einrede oder den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu sichern.

Immerhin aber wird sich aus unserer Darstellung ergeben haben, wie mangelhaft der nur obligatorisch wirkende Rechtsbehelf aus ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber dem dinglichen Schutze aus den §§ 1163, 1177 und dem umfassenden Schutze aus § 1137 BGB. ist.

Es möge hier besonders noch einmal auf folgendes hingewiesen werden.

Falls die durch eine Grundschuld gesicherte Forderung nicht besteht oder erloschen ist, oder ihr eine Einrede entgegensteht, durch welche ihre Geltendmachung dauernd ausgeschlossen wird, hat nur der Eigentümer, welcher die Grundschuld bestellt oder übertragen hat, einen Anspruch auf Aufhebung oder Übertragung der Grundschuld, und grundsätzlich nur gegen seinen Vertragsgenossen, und auch die aus dem Anspruch erwachsende Einrede steht nur diesem Eigentümer zu (und grundsätzlich auch nur gegen einen schlechtgläubigen Sondernachfolger), während bei der Hypothek die

Einwendungen und Einreden gegen die Forderung schlechthin jedem Eigentümer (und gegen jeden schlechtgläubigen Sondernachfolger) zustehen.

B. Sonstige Rechtsbehelfe des Eigentümers bei Hypothek und Grundschuld.

Ein besonderer Rechtsbehelf ist dem Eigentümer bei einer Buchhypothek in § 1139 BGB. gegeben. Es kann innerhalb eines Monats nach der Eintragung vom Eigentümer die Eintragung eines Widerspruchs beantragt werden. Daß dieser Paragraph sich auf die Grundschuld nicht bezieht, ist nicht zweifelhaft.

Ebenso unbestritten ist, daß die Rechte aus §§ 1144, 1145, 1160 BGB. auch dem Eigentümer bei einer Grundschuld zustehen.

Nach § 1161 kann der Eigentümer bei einer Briefhypothek auch der Geltendmachung des persönlichen Anspruchs widersprechen, wenn der Gläubiger nicht den Brief bezw. falls er nicht eingetragen ist, nicht auch die in § 1155 BGB. bezeichneten Urkunden vorlegt.[1])

Die Unanwendbarkeit auf die Grundschuld ergibt sich aus dem losen Zusammenhang zwischen Forderung und dinglichem Recht bei der Grundschuld.[2])

Die abweichende Ansicht von Kober,[3]), Kretzschmar[4]) und Männer[5]) muß als der rechtlichen Natur der Grundschuld nicht entsprechend abgelehnt werden.

Einen Rechtsschutz gewährt dem Eigentümer bei der Hypothek noch § 1153 BGB. Versucht z. B. der Gläubiger dadurch, daß er das dingliche Recht an einen anderen abtritt als an denjenigen, dem er die Forderung zediert, doppelte Valuta zu erhalten, so kann sich der Eigentümer außer

---

[1]) Die sogen. Einrede der mangelnden Briefvorlegung; Biermann a. a. O. Anm. 1b zu § 1160; Fuchs a. a. O. Anm. 1 zu § 1160; Oberneck, Grundbuchr. S. 924; Planck a. a. O. Anm. 5a zu § 1160.

[2]) Gegen Anwendbarkeit: Biermann a. a. O. Anm. 1 zu § 1192; Fischer a. a. O. Anm. 1 zu § 1192; Fuchs a. a. O. Anm. 4 zu § 1161; Leske a. a. O. S. 574; Neumann a. a. O. Anm. 1 zu § 1192; Oberneck, Grundbuchr. S. 1010; Planck a. a. O. Anm. 5 zu § 1192.

[3]) a. a. O. Anm. II 5d zu § 1192.

[4]) a. a. O. Anm. 2b zu § 1192. [5]) a. a. O. S. 445.

sonstigen Rechtsbehelfen noch der Einwendung bedienen, daß die gesonderte Abtretung von Forderung und dinglichem Recht nichtig sei. Bei der Grundschuld kann sich der Eigentümer auf § 1153 nicht berufen.

Während bei der Hypothek der dinglich klagende Gläubiger das Zugrundeliegen einer Forderung behaupten muß,[1]) (wenn auch für den Bestand der Forderung eine gesetzliche Vermutung spricht), liegt diese Behauptung dem Grundschuldgläubiger selbst dann nicht ob, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer persönlichen Forderung dient.

C. Rechtsschutz des persönlichen Schuldners.

Auch was den Rechtsschutz des persönlichen Schuldners anbetrifft, gewährt § 1153 BGB. Schutz bei der Hypothek. Man denke nur an denselben Fall wie oben, daß nämlich der Gläubiger Forderung und dingliches Recht an verschiedene Personen abtritt.

§ 1164 BGB. findet, wie schon früher ausgeführt, auf die Grundschuld keine Anwendung. Die Grundschuld verbleibt also beim Gläubiger, und ein etwaiger Ersatzanspruch des persönlichen Schuldners, der den Gläubiger befriedigt hat, entbehrt — im Gegensatz zu dem Ersatzanspruch des persönlichen Schuldners bei der Hypothek — der dinglichen Sicherung.

Im Zusammenhang mit dem § 1164 BGB. stehen die ebenfalls zum Schutze des persönlichen Schuldners getroffenen Bestimmungen der §§ 1165, 1166 BGB. Aus denselben Gründen, aus denen wir für § 1164 BGB. zur Verneinung der Anwendbarkeit auf die Grundschuld gelangten, können auch diese Bestimmungen nicht für die Grundschuld gelten, wie fast allgemein in der Literatur angenommen wird.

Auch hier vertreten Fuchs[2]) und Huther[3]) in Konsequenz ihrer bereits widerlegten Ausführung über die §§ 1143, 1164 eine abweichende Ansicht.

Fraglich ist, ob § 1167 BGB. auch die Grundschuld betrifft.

---

[1]) Sache des Eigentümers ist es allerdings, den Nichtbestand der Forderung zu beweisen (Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 1138).

[2]) a. a. O. Anm. 21 zu § 1192. [3]) a. a. O. S. 80.

Nach diesem Paragraphen stehen dem persönlichen Schuldner, der die Hypothek infolge Befriedigung des Gläubigers erwirbt oder im Falle der Befriedigung ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs hat, die Rechte aus dem § 1144 f. BGB. zu.

Aus § 1167 BGB. folgt insbesondere auch, daß der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, auch bei Geltendmachung des persönlichen Anspruchs durch den Hypothekengläubiger die Rechte aus den §§ 1144 f. BGB. hat (während ihm nach den §§ 1144 f. diese Rechte nur bei Geltendmachung des dinglichen Rechts zustehen); denn der Eigentümer ist, sofern er überhaupt persönlicher Schuldner ist, ein solcher, der an der Berichtigung des Grundbuchs rechtlich interessiert ist.[1])

Jedenfalls kann nun § 1167 insoweit nicht auf die Grundschuld Anwendung finden, als in diesem Paragraphen davon die Rede ist, daß der persönliche Schuldner, welcher infolge Befriedigung des Gläubigers die Hypothek erwerbe, die Rechte aus §§ 1144 f. habe. Denn infolge Befriedigung erwirbt der persönliche Schuldner bei einer zur Sicherung einer persönlichen Forderung dienenden Grundschuld nicht das dingliche Recht (§ 1164 BGB. bezieht sich nicht auf die Grundschuld). Bei der Grundschuld hat an Stelle dieses Falles der persönliche Schuldner die Rechte aus den §§ 1144 f., wenn ihm bei Befriedigung des Gläubigers ein Ersatzanspruch gegen den Eigentümer zusteht; im übrigen findet § 1167 auf die Grundschuld voll Anwendung. Insbesondere kann also der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, auch gegenüber der persönlichen Klage des Grundschuldgläubigers die Zahlung solange verweigern, bis er die Grundschuld zurückerhält, d. h. bis ihm die zur Löschung oder Umschreibung der Grundschuld auf seinen Namen erforderlichen Urkunden ausgehändigt worden sind.[2]) [3]) Denn der

[1]) Vgl. Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 1167 (am Ende) und Anm. 3 zu § 1144.

[2]) Biermann a. a. O. Anm. 1 Abs. 2 zu § 1192, Anm. 2 zu § 1153; Kober a. a. O. Anm. II 5d, Ia zu § 1192; Kretzschmar a. a. O. Anm. 2 zu § 1192; Oberneck, Grundbuchr. S. 1011; Planck a. a. O. Anm. 5 zu § 1192.

[3]) Für uneingeschränkte Anwendung des § 1167 auf die Grundschuld: Fuchs a. a. O. Anm. 19, 21 zu § 1192; Huther a. a. O. S. 80.

Eigentümer ist, wie bei der Hypothek, sofern er überhaupt persönlicher Schuldner ist, ein an der Berichtigung des Grundbuchs rechtlich interessierter persönlicher Schuldner. § 1167 mit der angegebenen Beschränkung auf die Grundschuld zu erstrecken, ist im Interesse des bei der Grundschuld weniger als bei der Hypothek geschützten persönlichen Schuldners geboten.

Zu Unrecht wird daher von einigen die Anwendung des § 1167 auf die Grundschuld überhaupt verneint.[1])

§ 8.

Hypothek und Grundschuld bei der Zwangsversteigerung (und Zwangsverwaltung).

Soweit das dingliche Recht in Betracht kommt, unterscheiden sich Hypothek und Grundschuld im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren nicht, wohl aber, soweit die durch sie gesicherten Forderungen in Betracht kommen.

1. Wir gehen von dem Fall aus, daß die Hypothek bzw. Grundschuld infolge der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück erlischt (§ 1181 BGG.).

Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück[2]) erfolgt grundsätzlich durch Barzahlung aus dem Versteigerungserlöse des Grundstücks oder aus den Nutzungen des zur Zwangsverwaltung gestellten Grundstücks. (Diesem Falle sind aber einige andere Fälle gleichgestellt.)[3])

Es ist auseinander zu halten:

a) Der Eigentümer des Grundstücks, in das die Zwangsversteigerung betrieben wird, ist mit dem persönlichen Schuldner identisch.

---

[1]) Fischer a. a. O. Anm. 1 zu § 1192; Kuhlenbeck a. a. O. Anm. 1 zu § 1192; Leske a. a. O. S. 572; Neumann a. a. O. Anm. 1 zu § 1192; Willenbücher a. a. O. Anm. 2 zu § 1167.

[2]) Der Befriedigung aus dem Grundstück steht die hier nicht interessierende Befriedigung aus den Gegenständen gleich, auf welche sich die Hypothek erstreckt (§ 1181 Abs. 3 BGB).

[3]) Vgl. Fuchs a. a. O. Anm. II 3 und 4 zu § 1181 f.; Planck a. a. O. Anm. 2b zu § 1181.

b) Er ist mit diesem nicht identisch.

Zu a). Für die Hypothekenforderung ist anzunehmen, daß sie mit dem Untergange der Hypothek erlischt. Es folgt dies aus dem allgemeinen Grundsatze des § 362 BGB.[1]) in Zusammenhang mit dem Satze, daß die Befriedigung aus dem Grundstücke eine Befriedigung aus Mitteln des Eigentümers[2]) (im vorliegenden Falle also eine Befriedigung durch den persönlichen Schuldner) darstellt.

Ist jedoch gemäß § 91 ZVG. das Bestehenbleiben der Hypothek vereinbart, so erscheint es fraglich, was mit der Hypothekenforderung geschieht.

Da Ersteher und Gläubiger das Bestehenbleiben einer Hypothek vereinbaren, eine Hypothek als solche aber ohne Forderung nicht bestehen kann, wird man annehmen müssen, daß die Forderung nicht erlischt.[3])

Andererseits kann der (mit dem Eigentümer identische) persönliche Schuldner nicht dadurch schlechter gestellt werden, daß Ersteher und Gläubiger das Bestehenbleiben der Hypothek vereinbaren.[4])

Es wird daher zu unterscheiden sein, daß Ersteher und Gläubiger gleichzeitig vereinbaren, daß die Schuld vom Ersteher gemäß § 414 BGB. übernommen wird.[5])[6])[7])

---

[1]) Fuchs a. a. O. Anm. III 6b zu § 1181 f.; Planck a. a. O. Anm. 4 zu § 1181.

[2]) Biermann a. a. O. Anm. 3 zu § 1181; Kretzschmar a. a. O. Anm. 6 zu § 1181; Planck a. a. O. Anm. 2c zu § 1143.

[3]) Biermann a. a. O. Anm. 3 zu § 1181; Fuchs a. a. O. Anm. III 6bb zu § 1181 f. im Gegensatz zu Planck, Anm. 4 zu § 1181 und den dort Angeführten, welche Entstehung einer Grundschuld annehmen.

[4]) Vgl. Turnau-Förster a. a. O., Anhang B S. 1134.

[5]) Derselben Ansicht: Turnau-Förster a. a. O., Anhang B S. 1135; auch Fuchs a. a. O. III 6abb zu § 1181 f.

[6]) § 53 ZVG. kann allerdings schon deshalb nicht Anwendung finden, weil es sich hier (in § 91 ZVG.) anders wie in § 53 ZVG. um eine Schuldübernahme zwischen Ersteher und Gläubiger, nicht Ersteher und Subhastat handelt.

[7]) Die Ausführungen von Fuchs Anm. III 6abb zu § 1181, wonach die Forderung nicht erlischt, beziehen sich allerdings auf den Fall, daß der Eigentümer mit dem persönlichen Schuldner nicht identisch ist, sollen wohl aber auch auf den Fall gelten, daß der Eigentümer identisch ist. (Anm. 6a – aa bezieht sich nicht auf § 91 ZVG.)

Für die durch eine Grundschuld gesicherte Forderung wird man für den Fall a) ebenfalls zu dem Resultat gelangen müssen, daß die Forderung erlischt (denn der Eigentümer ist, wie wir voraussetzten, mit dem persönlichen Schuldner identisch, und die Befriedigung aus dem Grundstück des Eigentümers steht der Befriedigung durch den Eigentümer gleich), aber im Gegensatz zur Hypothek auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 91 ZVG. vorliegen. Denn der Eigentümer muß als persönlicher Schuldner ausscheiden, weil er durch die Vereinbarung des Bestehenbleibens nicht geschädigt werden darf, und der Grundsatz, daß die Grundschuld ohne Forderung nicht bestehen könne, existiert nicht, es bedarf also auch nicht der Unterstellung einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Ersteher, wonach dieser die Schuld übernimmt.

Zu b). (Der Eigentümer ist mit dem persönlichen Schuldner nicht identisch.)

Bei der Hypothek erwirbt der Eigentümer die persönliche Forderung, natürlich ohne das dingliche Recht, welches nach § 1181 erlischt.[1]) Denn § 1143 ist analog anwendbar. Die Befriedigung aus dem Grundstück des Eigentümers ist als eine durch den Eigentümer erfolgte Befriedigung anzusehen.

Dasselbe wird auch im Falle des § 91 ZVG. gelten müssen. Auch hier erwirbt der Eigentümer die persönliche Forderung. Allerdings kann die beim Gläubiger verbleibende Hypothek nicht ohne Forderung sein.

Aber der Erwerb der Forderung durch den Eigentümer kann nicht dadurch vereitelt werden, daß der Gläubiger und Ersteher ohne ihn das Bestehenbleiben der Hypothek vereinbaren; es wird daher folgendermaßen zu konstruieren sein:

Der Eigentümer behält die persönliche Forderung gegen den persönlichen Schuldner, der Gläubiger erwirbt eine neue, der Hypothek zu substituierende Forderung gegen den Ersteher, welcher sich, wie zu unterstellen ist, durch die Vereinbarung

[1]) Biermann a. a. O. Anm. 3 zu § 1181; Fuchs a. a. O. Anm. III 6bb zu § 1181 f.; Kober a. a. O. Anm. III d β zu § 1181; Kretzschmar a. a. O. Anm. 6 zu § 1181 und Anm. 2c zu § 1143; Planck a. a. O. Anm. 4 zu § 1181. Anderer Ansicht: Mittelstein a. a. O. S. 214.

des Bestehenbleibens einer Hypothek zur Begründung einer neuen Forderung des Gläubigers bereit erklärt.[1])

Bei der Grundschuld tritt im Gegensatz zur Hypothek ein Übergang der Forderung auf den Eigentümer, aus dessen Grundstück die Befriedigung erfolgt und der nun dinglich haftet, nicht ein. Denn § 1143 findet, wie früher ausgeführt, auf die Grundschuld gerade insoweit nicht Anwendung, als er den Übergang der persönlichen Forderung vorschreibt.

Die Forderung bleibt also beim Gläubiger. Die Forderung erlischt auch nicht. Denn es ist zwar die Befriedigung aus Mitteln des Eigentümers (aus seinem Grundstück) erfolgt. Aber anders, wie im Fall a), ist der Eigentümer mit dem persönlichen Schuldner nicht identisch. Es wird also nur das dingliche Recht erschöpft.

Auch im Falle des § 91 ZVG. erwirbt der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische Eigentümer bei der Grundschuld nicht die persönliche Forderung. Der Annahme einer Substitution der Forderung gegen den Ersteher bedarf es nicht, da die Grundschuld ohne Forderung bestehen kann, und überdies die ursprüngliche Forderung auch beim Gläubiger verbleibt.

2. Es ist fernerhin das verschiedene Schicksal von Hypotheken- und Grundschuldforderung für den Fall zu erörtern, daß Hypothek und Grundschuld auf Grund der gesetzlichen Versteigerungsbedingungen (§ 52, nicht § 91 ZVG.) bestehen bleiben.

Hier trifft das Gesetz eine Bestimmung, jedoch unter der Voraussetzung, daß der Eigentümer persönlich haftet (§ 53 ZVG.).

Hiernach übernimmt der Ersteher bei der Hypothek die Schuld in Höhe der Hypothek, und die Vorschriften des § 416 BGB. finden mit der Maßgabe Anwendung, daß als Veräußerer der Eigentümer anzusehen ist.

Anders bei der Grundschuld. Das gleiche wie bei der Hypothek gilt bei ihr nur dann, wenn der Eigentümer spätestens im Versteigerungstermin, vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten, die gegen ihn bestehende Forderung unter Angabe ihres Betrages und Grundes angemeldet und auf Verlangen des Gerichts oder eines Beteiligten glaubhaft gemacht hat.

[1]) Wohl auch Fuchs a. a. O. Anm. III 6 a bb zu § 1181 f.

§ 9.

Die an den Eigentümer gelangende Hypothek und Grundschuld.

A. Bei der Hypothek ist zu unterscheiden, ob sie an den Eigentümer mit oder ohne die Forderung gelangt. Im ersteren Falle wird von der forderungsbekleideten, im letzteren von der forderungsentkleideten Eigentümerhypothek gesprochen. Erstere wird auch als „Hypothek des Eigentümers", letztere als „Eigentümerhypothek" bezeichnet, Bezeichnungen, deren auch wir uns im folgenden bedienen wollen.

Die Fälle, in denen aus einer Grundschuld eine Belastung in der Hand des Eigentümers entsteht, sind gegenüber den Fällen, in denen eine Eigentümerhypothek oder Hypothek des Eigentümers entsteht, vereinfacht.

Was zunächst die Eigentümerhypothek anbetrifft, so entsteht eine solche auf Grund des § 1163 Absatz 1 BGB.

Daß bei der Grundschuld in diesem Falle grundsätzlich eine Belastung in der Hand des Eigentümers nicht zur Entstehung kommt, haben wir schon bei Erörterung der Unterschiede zwischen Hypothek und Grundschuld bezüglich der Einwendungen dargetan.

Dort haben wir auch die Ausnahmen erwähnt, in denen auch für die Grundschuld § 1163 Abs. 1 gilt.[1])

Im Zusammenhang mit § 1163 BGB. ist auch § 1171 BGB. zu besprechen, da auch nach dieser Bestimmung eine Art Tilgung der Forderung (durch Hinterlegung) stattfindet.

Nach § 1171 BGB. kann der unbekannte Hypothekengläubiger mit seinem Rechte im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen werden, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt. Der Gläubiger gilt mit dem Erlaß des Ausschlußurteils als befriedigt, sofern nicht nach den Vorschriften über die Hinterlegung die Befriedigung schon vorher eingetreten ist, und derjenige, welcher in dem

[1]) Vgl. S. 125 ff., 129 ff.

hiernach als Zeitpunkt der Befriedigung geltenden Zeitpunkte[1]) Eigentümer des Grundstücks ist, erwirbt die Belastung.

Eine Ausnahme besteht im Falle des § 1164 BGB.

Wenn im Laufe des Aufgebotsverfahrens ein Wechsel im Eigentum eingetreten ist, ferner der Eigentümer, welcher hinterlegt hat, mit dem persönlichen Schuldner identisch ist und einen Regreßanspruch gegen denjenigen hat, welcher Eigentümer im Zeitpunkt der Befriedigung ist, so erwirbt nicht dieser, sondern der frühere Eigentümer und persönliche Schuldner auf Grund des § 1164 BGB. die Hypothek.[2])

Ob der Eigentümer, welcher die Belastung erwirbt, eine Eigentümerhypothek oder Hypothek des Eigentümers erwirbt,[3]) richtet sich danach, ob er der persönliche Schuldner ist oder nicht und, ob er oder ein früherer Eigentümer hinterlegt hat.

Ist also derjenige, welcher Eigentümer im Zeitpunkt der Befriedigung ist, mit dem persönlichen Schuldner nicht identisch, und hat er, und nicht ein früherer Eigentümer hinterlegt, so erwirbt er auf Grund des § 1143 eine Hypothek des Eigentümers.

Ist aber derjenige, welcher Eigentümer im Zeitpunkte der Befriedigung des Gläubigers ist, mit dem persönlichen Schuldner identisch, oder ist er zwar mit diesem nicht identisch, hat er aber den Betrag selbst nicht hinterlegt, so erwirbt er eine Eigentümerhypothek.

Denn § 1143 BGB. setzt voraus, daß der Eigentümer, welcher die Forderung erwirbt, auch tatsächlich befriedigt hat.[4])

---

[1]) Biermann a. a. O. Anm. 3 zu § 1171; Fuchs a. a. O. Anm. III 5c zu § 1171; Oberneck, Grundbuchr. S. 911 Ziffer 6; Planck a. a. O. Anm. 6c zu § 1171; Turnau-Förster a. a. O. Anm. 3 zu § 1171. Anderer Ansicht: Dernburg a. a. O. S. 800, wonach derjenige, welcher Eigentümer zurzeit des Ausschlußurteils ist, die Hypothek erwirbt; desgl. auch Männer a. a. O. S. 421 Anm. 139.

[2]) Biermann a. a. O.; Planck a. a. O.

[3]) Da auf Grund des § 1171 sowohl eine Eigentümerhypothek wie Hypothek des Eigentümers entstehen kann, behandeln wir bei Erörterung dieses Paragraphen auch die Hypothek des Eigentümers.

[4]) Biermann a. a. O.; Männer a. a. O. S. 422; Planck a. a. O. Anderer Ansicht: Fuchs a. a. O. Anm. III 5d zu § 1171; Oberneck, Grundbuchr. S. 910, welche auf das Moment der Hinterlegung kein Gewicht legen.

Bei der Grundschuld verhält es sich bezüglich des § 1171 wesentlich anders.

Nicht derjenige, welcher Eigentümer im Zeitpunkte der Befriedigung ist, erwirbt grundsätzlich die Grundschuld, gleichgültig, ob er hinterlegt oder nicht (anders bei der Hypothek, wo nur eine Ausnahme auf Grund des § 1164 BGB. besteht), sondern nur derjenige, welcher hinterlegt hat.[1])

Denn § 1163 Absatz 1 findet auf die Grundschuld insoweit Anwendung, als tatsächlich eine Befriedigung durch den Eigentümer stattgefunden hat.

Fernerhin kann bei der Grundschuld ein Erwerb der durch sie gesicherten Forderung durch denjenigen, welcher in dem maßgebenden Zeitpunkt Eigentümer, mit dem persönlichen Schuldner nicht identisch ist und hinterlegt hat, grundsätzlich nicht in Frage kommen, da § 1143 auf die Grundschuld, wie schon früher ausgeführt, nur insoweit Anwendung findet, als er nicht den Übergang der persönlichen Forderung vorschreibt.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß die Anwendung des § 1171 auf die Grundschuld nur eine analoge in dem schon wiederholt angegebenen Sinne ist.[2])

Im übrigen tritt in den Fällen, in denen eine Eigentümerhypothek eintritt, auch eine Eigentümergrundschuld ein (vgl. §§ 1168, 1170, 1163 Absatz 2 BGB.).

Eine Hypothek des Eigentümers entsteht im Falle des § 1143.

Daß diese Bestimmung nur mit der Maßgabe auf die Grundschuld Anwendung findet, daß der Eigentümer nicht die Forderung erwirbt, erwähnten wir schon wiederholt.

Fernerhin entsteht eine Hypothek des Eigentümers, nicht aber schlechthin eine Eigentümergrundschuld, wenn der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische Eigentümer die Forderung vom Gläubiger durch Erbgang, Abtretung u. a. erwirbt.

Bei der Grundschuld folgt das dingliche Recht nicht ohne weiteres der Forderung. Es richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles bzw. nach besonderen Ab-

---

[1]) Vgl. Planck a. a. O. Anm. 4d zu § 1192.

[2]) Vgl. übrigens auch § 1142r des Entwurfs B der Redaktions-Kommission.

machungen, ob mit der Forderung auch die Grundschuld, welche die Forderung sichert, mit übergeht.

Andererseits tritt im Gegensatz zur Hypothek bei der Grundschuld als weiterer Fall der Eigentümerbelastung der hinzu, daß die Grundschuld von vornherein auf den Namen des Eigentümers bestellt werden kann (§ 1196 BGB.). Zur Entstehung einer solchen Eigentümergrundschuld ist naturgemäß keine Einigung erforderlich. Es genügt die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn eingetragen werden solle, und Eintragung.

Wir stimmen Hachenburg,[1]) Biermann,[2]) Eck[3]) und Kober[4]) nicht darin bei, daß in der Unzulässigkeit der Bestellung einer von vornherein auf den Namen des Eigentümers lautenden Hypothek nur ein formeller Unterschied zur Grundschuld zu erblicken ist.

Hiermit bringt das Bürgerliche Gesetzbuch vielmehr in dogmatischer Beziehung den Charakter der Hypothek als eines zur Sicherung eines Forderungsrechts dienenden (akzessorischen) Rechts zum Ausdruck.[5])

Wenn Hachenburg[6]) zur Begründung seiner Ansicht anführt, daß ein zugunsten des Eigentümers lautender Eintrag ebensogut als Eigentümerhypothek wie als Eigentümergrundschuld aufgefaßt werden könne und lediglich passive Gebundenheit bedeute, so beruht das auf der Theorie von den passiven Wirkungen von Rechten, welche vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht akzeptiert ist.

B. Betrachtet man nun die rechtliche Natur einer ohne Forderung an den Eigentümer gelangten Hypothek mit einer an den Eigentümer gelangten Grundschuld, so sind Unterschiede nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes nicht vorhanden (§ 1177 BGB.).

Aus ihr ergibt sich deutlich, daß mit dem Augenblick, in welchem sich die Hypothek mit dem Eigentum ohne die For-

---

[1]) a. a. O. Beiträge S. 27 f. [2]) a. a. O. Vorbem. 1 zu § 1113.
[3]) a. a. O. S. 319. [4]) a. a. O. Anm. II 2 zu § 1163.
[5]) Vgl. Fuchs a. a. O. Vorbem. 7 zum 8. Abschn. S. 377.
[6]) Beiträge S. 21 ff.

derung vereinigt, eine innere Umwandlung des Wesens der Hypothek eintritt und daß die nunmehr entstandene Belastung sich von einer Eigentümergrundschuld nicht unterscheidet.

Das mußte besonders betont werden, weil vielfach in der Literatur trotz des klaren Wortlauts des § 1177 BGB. in Abrede gestellt wird, daß nach diesem Paragraphen eine innere Umwandlung der ohne Forderung an den Eigentümer gelangenden Hypothek vorgehe, und es als Auffassung des Gesetzes hingestellt wird, daß es trotz des § 1177 die forderungslose Eigentümerhypothek als Hypothek ansehe, hiernach also zwischen ihr und der Eigentümergrundschuld ein erheblicher Unterschied bestehen würde.

So sagt Endemann:[1]) Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch erkläre, daß die mit dem Eigentum vereinigte Hypothek sich in eine Grundschuld verwandle, so habe dies nur die Bedeutung, daß die für die Grundschuld gegebenen Rechtsfolgen auf den vorliegenden Tatbestand entsprechende Anwendung finden sollten. Die Natur des Rechtsverhältnisses werde damit nicht geändert. § 1177 sage[2]) auch keineswegs, daß die Eigentümerhypothek eine Grundschuld „ist". Denn auch das Gesetz vermöge die Natur der Dinge nicht umzugestalten.

Hachenburg[3]) hebt ebenfalls hervor, daß der Ausdruck „verwandle" nicht bedeute, daß mit der Rechtsnatur der Hypothek eine innere Umwandlung vor sich gehe.

In ganz ähnlichem Sinne äußern sich Neumann[4]) und Kober.[5])

Daß dann diese und andere Schriftsteller dem Gesetze in der Tat unterstellen, es sehe die Eigentümerhypothek[6]) als wahre Hypothek an, geht insbesondere daraus hervor, daß sie die Vorschriften über die Eigentümerhypothek, die doch gemäß § 1177 eine Eigentümergrundschuld ist, als Beweis für den Mangel der Akzessorietät der Hypothek anführen.

So bemerkt, um nur einige Äußerungen anzuführen,

---

[1]) a. a. O. S. 736 f. [2]) a. a. O. S. 737 Anm. 8.

[3]) a. a. O. Beiträge S. 26. [4]) a. a. O. Anm. I 2 zu § 1177.

[5]) a. a. O. Anm. I 2a zu § 1177.

[6]) Wie schon bemerkt, bezeichnen wir mit Eigentümerhypothek nur die forderungsentkleidete Eigentümerhypothek.

Matthias,[1]) die Unabhängigkeit der Hypothek sei am schärfsten in der Eigentümerhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Ausdruck gekommen.

Neumann[2]) äußert, das Prinzip, daß die Hypothek unabhängig sei, finde seinen Ausdruck darin, daß gemäß § 1163 BGB. eine Eigentümerhypothek entstehe.

Böhm[3]) sagt in ganz gleichem Sinne, daß die akzessorische Natur kein Begriffsmoment der normalen Hypothek sei, werde klar zum Ausdruck gebracht durch die §§ 1163, 1177 BGB.[4])

Hachenburg und Endemann, die wohl als Hauptvertreter dieser nicht zutreffenden Auffassung des § 1177 BGB. anzusehen sind, gehen geradezu von der Eigentümerhypothek aus, um den Begriff der Hypothek für das Bürgerliche Gesetzbuch festzustellen und ihre Unabhängigkeit von einer Forderung nachzuweisen.[5])

Ersterer[6]) führt aus, eine Reihe von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs deute darauf hin, daß das dem Eigentümer zugesprochene Recht der Eigentümerhypothek eine Hypothek im Sinne des Gesetzes sein solle.

Mit vollem Recht weist insbesondere gegen Hachenburg v. Schwind[7]) darauf hin, daß die Worte: „die Hypothek verwandelt sich in eine Grundschuld“ nicht leerer Schall sind.

---

[1]) a. a. O. S. 168; vgl. auch S. 172, wo Matthias die Eigentümerhypothek als Hypothek bezeichnet.

[2]) a. a. O. Anm. II 2 zu § 1163.

[3]) a. a. O. Anm. V zu § 1163, VIII zu § 1113.

[4]) Vgl. ferner: Eck und Leonhard a. a. O. S. 257; Endemann a. a. O. S. 712, 718 Nr. 5, 733; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 261; Gierke a. a. O. S. 843; Hachenburg a. a. O. Vortr. S. 508, 510; Kober a. a. O. Anm. I 1a zu § 1163, vgl. auch Vorbem. zu § 1177, wo Kober von der Eigentümerhypothek als Hypothekenform spricht; Kuhlenbeck a. a. O Vorbem. zu § 1113, Anm. 5 zu § 1113; Leske a. a. O. S. 530 f.; Männer a. a. O. S. 363; Mittelstein a. a. O. S. 37, 101; Oberneck a. a. O. S. 698, 701 f.; Rosenthal: „Ist die Hypothek ein akzessorisches Recht“, Marburg 1906, S. 32, der die Eigentümerhypothek als richtige und vollkommene Hypothek bezeichnet; Willenbücher a. a. O., Vorbem. 2 zum 8. Titel.

[5]) Beiträge S. 3, 7, 87; Vorträge S. 508, 510, 519 f., 533 ff.; Endemann a. a. O. S. 733.

[6]) Beiträge S. 21. [7]) a. a. O. S. 123.

Die Bestimmung des § 1177 hat einen positiv rechtlichen[1]) Charakter — es findet eine wirkliche innere Umwandlung der Eigentümerbelastung in eine Eigentümergrundschuld statt — denn auf eine solche Umwandlung hätte man nicht mit Sicherheit schließen können, wenn die Bestimmung des § 1177 nicht getroffen worden wäre.

Für das preußische Recht war es, weil es an einer dem § 1177 entsprechenden Bestimmung fehlte, streitig, ob durch die Vereinigung die Forderung definitiv erlösche und die an den Eigentümer gelangende Hypothek Grundschuldnatur erhalte, oder ob die Forderung nur während der Dauer der Vereinigung ruhe, nachher wieder erwache und der Belastung den Hypothekencharakter erhalte. Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet, ob dem Eigentümer die persönliche Forderung zusteht oder nicht, und bestimmt für den letzteren Fall, daß die Verwandlung in eine Grundschuld eintreten solle.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat also im § 1177 die Kontroverse des preußischen Rechts entschieden, und indem es die Verwandlung in Absatz 1 vorschrieb, den Konflikt vermieden, der mit der akzessorischen Natur der Hypothek entstanden wäre, wenn es die Verwandlung nicht vorgeschrieben hätte.

Hierbei wird von uns nicht verkannt, daß § 1177 als eine Hilfskonstruktion[2]) erscheint, um die akzessorische Natur der Hypothek zu retten.

Was Dernburg[3]) sehr treffend unter spezieller Bezugnahme auf die §§ 1138, 1153 BGB. ausführt, gerade das Bürgerliche Gesetzbuch habe in dem juristischen Aufbau der Verkehrshypothek an ihrer akzessorischen Natur festgehalten, wenn dies auch der Sache nach nicht geschehen sei, gilt besonders auch bei Berücksichtigung des § 1177.

Weil das Bürgerliche Gesetzbuch der rechtlichen Konstruktion nach eine forderungslose Hypothek nicht bestehen lassen wollte, hat es in § 1177 die innere Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld vorgeschrieben.[4])

---

[1]) Vgl. auch Fuchs a. a. O. Anm. I 1b zu § 1177.

[2]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 730, Anm. 56. [3]) Sachenrecht S. 736.

[4]) Vgl. hierzu namentlich: Fuchs a. a. O. Anm. I 1b zu § 1177 und Vorbem. 7 zum 8. Abschn., ferner die S. 153 zitierte Äußerung von

Diesem Wortlaut des § 1177 entsprechend wird denn auch sehr häufig, selbst zum Teil von denen, welche andererseits eine innere Umwandlung leugnen, noch besonders hervorgehoben, daß die Eigentümerhypothek ihrem Wesen nach Eigentümergrundschuld sei und sich von dieser nicht unterscheide.[1])

Der Grund dafür, daß man dem Gesetze die Auffassung unterstellt, es sehe die Eigentümerhypothek als Hypothek an, dürfte nicht zum wenigsten in der Terminologie des Gesetzes zu suchen sein.

Weil es (§ 1163 BGB.) davon spricht, daß dem Eigentümer die „Hypothek" zustehe, wenn die Forderung nicht entstanden sei, daß er die „Hypothek" erwerbe, wenn die Forderung erloschen sei, oder wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet hat (§ 1168 BGB., vgl. auch § 1172 BGB. u. a.), ist man zu der Ansicht gekommen,[2]) das Gesetz halte z. B. die im Falle des § 1163 entstehende Belastung für eine Hypothek.[3]) Bei Endemann[4]) wird allerdings hervorgehoben, daß in den §§ 1163, 1172 ungenau von einer Hypothek gesprochen werde. Um so inkonsequenter, wenn Endemann selbst trotzdem die Eigentümerhypothek als Beweis für die Selbständigkeit der Hypothek verwertet. Die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs rechtfertigt sich aber aus dem Gesichtspunkt, daß die Eigentümerhypothek aus einer Hypothek ent-

---

v. Schwind und Planck a. a. O. Vorbem. 2a zum 8. Abschn. Anm. 1 zu § 1177; vgl. auch Nowrath, Die akzessorische Natur der Hypothek, Greifswald 1904, S. 19, 39.

[1]) Biermann a. a. O. Anm. 1 zu § 1177; Böhm a. a. O. Anm. III und IV zu § 1177; Dernburg a. a. O. Sachenr. S. 728; Eck und Leonhard a. a. O. S. 301; Endemann a. a. O. S. 748; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 323; Fuchs a. a. O.; Gierke a. a. O. S. 924 Anm. 20; Kober a. a. O. Anm. I 2 zu § 1177; Kretzschmar a. a. O. Anm. 1 und 3 zu § 1177; Kuhlenbeck a. a. O. Anm. 1 zu § 1177; Leske a. a. O. S. 532; Matthias a. a. O. S. 172; Männer a. a. O. S. 418; Mittelstein a. a. O. S. 102; Oberneck, Grundbuchr. S. 681; Peters a. a. O. S. 23 ff.; Turnau-Förster a. a. O. Anm. II zu § 1177; Willenbücher Anm. 2 zu § 1177.

[2]) Vgl. z. B. Hachenburg, Beitr. S. 21 f.; Vorträge S. 523.

[3]) Vgl. hierzu namentlich auch (gegen diese Ansicht) v. Schwind a. a. O. S. 113 f.

[4]) S. 816 Anm. 38.

steht und sich insoweit (der Herkunft nach) von der aus einer Grundschuld entstehenden Eigentümergrundschuld unterscheidet, und aus dem weiteren Gesichtspunkt, daß fortdauernde Beziehungen der Eigentümerhypothek zum Mutterrechte bestehen,[1]) worauf wir im einzelnen im Verlaufe unserer Ausführungen noch hinweisen werden.

Gegenüber der klaren Bestimmung des § 1177, welche über die Auffassungen des Gesetzes sicheren Aufschluß gibt, ist der Terminologie jedenfalls keine Bedeutung beizulegen.[2]) Man wird daher die Ausdrucksweise des Gesetzes nicht einmal irreführend oder falsch bezeichnen können, wie es bei Bruck[3]) und Cosack[4])[5]) geschieht. Auch in der Literatur wird ja von der Eigentümerhypothek gesprochen, um die Herkunft aus der Hypothek anzudeuten.

Auf die Frage, als was die Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld) und die Hypothek des Eigentümers ihrem inneren Wesen nach anzusehen sind, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Die Widerlegung der Konstruktion der Eigentümerhypothek als Wertrecht ergibt sich übrigens aus unseren Ausführungen S. 58 ff. Für uns handelt es sich nur darum, festzustellen, daß die sogenannte Eigentümerhypothek in Wirklichkeit nicht Eigentümerhypothek, sondern Eigentümergrundschuld ist und daß sich daher die an den Eigentümer ohne Forderung gelangende Hypothek von einer an den Eigentümer gelangenden Grundschuld der rechtlichen Konstruktion nach nicht unterscheidet, und daß andererseits die Hypothek des Eigentümers nicht Eigentümergrundschuld und von dieser der Rechtskonstruktion nach wesentlich unterschieden ist.

Eine Abweichung in der rechtlichen Behandlung der Eigentümerhypothek im Vergleich zur Eigentümergrundschuld ergibt sich aus Satz 2 des § 1177 Abs. 1.

Hiernach bleiben in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungs-

---

[1]) Krech a. a. O. S. 140.
[2]) Vgl. Lutz a. a. O. S. 21 Anm. 2; Peters a. a. O. S. 23.
[3]) a. a. O. S. 153. [4]) a. a. O. S. 222, 226, 228.
[5]) Vgl. auch Lutz a. a. O.

ortes die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend, so daß insoweit auf die §§ 1193 f. BGB. nicht zurückzugreifen ist. Diese Bestimmung enthält eine die Bezeichnung „Eigentümerhypothek" rechtfertigende Beziehung der Eigentümerhypothek zu dem Mutterrechte, der Hypothek. Ein weiterer Beleg hierfür und zugleich ein Unterschied in der rechtlichen Behandlung gegenüber der Eigentümergrundschuld liegt darin, daß der gutgläubige Erwerber einer Eigentümerhypothek, welche noch nicht auf den Eigentümer umgeschrieben worden ist, sich auf Grund des § 1138 BGB. bei Anstellung der dinglichen Klage darauf berufen kann, daß ihm auch die Forderung zustehe, obwohl die Hypothek sich schon in eine Grundschuld des Eigentümers umgewandelt hatte.[1])

Das ist nicht unbestritten, indessen ist nicht einzusehen, weshalb § 1138 in diesem Falle nicht Anwendung finden sollte.[2])

Anders als die Eigentümerhypothek verhält sich die Hypothek des Eigentümers zur Eigentümergrundschuld.

Hypothek des Eigentümers und Eigentümergrundschuld unterscheiden sich der rechtlichen Natur nach wesentlich. Eine positive Bestimmung, welche sie hinsichtlich der rechtlichen Natur der Eigentümergrundschuld gleichstellte, existiert nicht; sie wird nicht zur Eigentümergrundschuld.

Materiell erleidet diese Divergenz eine erhebliche Einschränkung durch § 1177 Abs. 2, wonach die Rechte des Eigentümers, solange die Vereinigung besteht, sich nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften bestimmen. Der Eigentümer kann mithin, ebensowenig wie der Eigentümer bei einer Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld), die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben, und Zinsen gebühren ihm nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen worden ist, und zwar auch nur für die Dauer der Zwangsverwaltung (§ 1197 BGB.).

---

[1]) Fuchs a. a. O. Anm. 8 zu § 1177.

[2]) Anderer Ansicht: Biermann a. a. O. Anm. 1 zu § 1177; Mittelstein a. a. O. S. 103 Anm. 2.

Es muß aber daran festgehalten werden, daß die Hypothek des Eigentümers in Wahrheit als eine Hypothek, nicht als eine Grundschuld des Eigentümers anzusehen ist. Würde eine Umwandlung in eine Grundschuld im Sinne des Gesetzes gelegen haben, so wäre dieselbe positiv, wie in Abs. 1 des § 1177, zum Ausdruck gekommen.[1])

Die abweichende Ansicht von Cosack,[2]) wonach das Eigentümerpfandrecht immer Grundschuld, niemals Hypothek ist, Landsbergs[3]) und der Protokolle[4]) muß daher als unrichtig bezeichnet werden.

Der Unterschied von Hypothek des Eigentümers und Eigentümerhypothek tritt insbesondere nach der Aufhebung der Vereinigung von Hypothek oder Grundschuld und Eigentum zutage.[5])

Die Protokolle führen aus:[6])

„Dem Mißverständnis, als habe die Eigentümerhypothek (gemeint ist die Hypothek des Eigentümers) während der Dauer der Vereinigung eine von der Grundschuld abweichende Bedeutung, werde dadurch vorgebeugt, daß man dem Eigentümer während der Dauer der Vereinigung nur die Rechte eines Grundschuldgläubigers beilege". Daß die Umwandlung in eine Grundschuld nicht statuiert worden sei, wird auf Gründe der Einfachheit und Zweckmäßigkeit zurückgeführt.

An der vom Gesetze aufgestellten Konstruktion der Eigentümerhypothek als Eigentümergrundschuld, und der Hypothek des Eigentümers als Hypothek ist umsomehr festzuhalten, als sie einen Gewinn gegenüber dem bisherigen (preußischen) Rechte bedeutet. Nur im Falle der Eigentümerhypothek ergibt sich ein Konflikt mit der akzessorischen Natur der Hypothek, und nur für diesen Fall war daher die Umwandlung in eine Eigentümergrundschuld vorzuschreiben.

---

[1]) Gegen die Identität von Hypothek des Eigentümers und Eigentümerhypothek insbesondere: Leonhard a. a. O. S. 294 Anm. 1; Endemann a. a. O. S. 748; Fuchs a. a. O. Anm. I 1b zu § 1177; Planck a. a. O. Anm. 3c zu § 1177; Willenbücher a. a. O. Anm. 4 zu § 1177.

[2]) a. a. O. S. 222, 226, 228. [3]) a. a. O. S. 739.

[4]) S. 4739 f. (Mugdan S. 853).

[5]) Leonhard a. a. O., Planck a. a. O. [6]) Vgl. Anm. 4.

Im Falle der Hypothek des Eigentümers entsteht nur die Frage, ob das dingliche Recht durch die Vereinigung mit dem Eigentum erlöschen soll. Die Forderung, die nicht gegen den Eigentümer, sondern gegen einen Dritten geht, bleibt mit dem dinglichen Recht, wenn auch in der Hand des Eigentümers, verbunden. Die Akzessorietät der Hypothek wird also durch die Hypothek des Eigentümers nicht berührt. In Wahrheit liegen also diese beiden Fälle — Eigentümerhypothek und Hypothek des Eigentümers — sehr verschieden, und die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs erscheint daher durchaus konsequent.

§ 10.

Gesamthypothek und Gesamtgrundschuld.

Der den Begriff der Gesamthypothek definierende § 1132 BGB. findet auf die Grundschuld mit der Maßgabe Anwendung, daß auch hier an Stelle des Wortes „Forderung“ — „Grundschuld“ — oder ein ähnlicher passender Ausdruck zu setzen ist.[1])

§ 1172 BGB. betrifft naturgemäß die Grundschuld in weit geringerem Maße als die Hypothek, weil in den meisten Fällen des § 1163 BGB. eine Eigentümergrundschuld nicht entsteht.

§ 1174 BGB. ist auf die Grundschuld ebenso unanwendbar wie § 1164 BGB.

Folgerichtig bezieht Fuchs,[2]) der die Geltung des § 1164 BGB. auf die Grundschuld erstreckt, auch die Anwendbarkeit des § 1174 BGB. auf die Grundschuld.

Im übrigen beansprucht § 1173 BGB. von den Vorschriften über die Gesamthypothek für uns das Hauptinteresse.

Bevor wir indessen auf die Unterschiede, die hierbei zwischen Hypothek und Grundschuld bestehen, eingehen, müssen wir zur Klarstellung unserer Ausführungen einige allgemeinere Bemerkungen, insbesondere über § 1173 BGB., voraüsschicken.

Was für die Eigentümerhypothek und Hypothek des Eigentümers bei der Einzelhypothek gilt, ist auch für die Gesamt-

---

[1]) § 1138q des Entw. B der Red.-Kommiss.

[2]) a. a. O. Anm. 21 zu § 1192 BGB.

hypothek anzuwenden, jedoch mit den Modifikationen, welche durch die §§ 1172 bis 1175 BGB. gegeben sind.[1])

Nach den §§ 1163, (1173) und 1143 würden, falls einer der (verschiedenen) Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger befriedigt, sämtliche Eigentümer gemeinschaftlich eine Eigentümerhypothek bzw. wenn der befriedigende Eigentümer mit dem persönlichen Schuldner nicht identisch ist, eine Hypothek des Eigentümers an allen belasteten Grundstücken erwerben. (§ 1163, 1143 BGB.)

Durch § 1173 BGB. ist dies dahin geändert, daß nur der befriedigende Eigentümer eine Eigentümerhypothek bzw. Hypothek des Eigentümers[2]) an seinem Grundstück erwirbt; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt.

Der Befriedigung des Gläubigers durch einen Eigentümer ist die Übertragung des Gläubigerrechts auf einen der Eigentümer gleichgestellt.

Diese Fassung des § 1173 BGB. erscheint nicht korrekt.[3]) Denn auch bei der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer tritt, nach dem eben ausgeführten, eine Übertragung des Gläubigerrechts ein, und zwar, wenn der befriedigende Eigentümer mit dem persönlichen Schuldner identisch ist, nur des dinglichen, wenn er mit diesem nicht identisch ist, auch des persönlichen Gläubigerrechts.

Der Passus von der Übertragung des Gläubigerrechts enthält also den Passus von der Befriedigung, und dieser hätte daher neben ersterem nicht aufgenommen zu werden brauchen.

Der Fall der Übertragung des Gläubigerrechts fällt aber auch mit dem ihm gleichgestellten Fall der Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Eigentümers (Konfusion) dann zusammen, wenn das Gläubigerrecht auf einen mit dem persönlichen Schuldner identischen Eigentümer übertragen wird.[4])

---

[1]) Vgl. z. B. Planck a. a. O. Anm. 1 zu § 1172.

[2]) Für die Anwendung des § 1143 mit dieser Maßgabe auf die Gesamthypothek: Bendix a. a. O. S. 698; Bruck a. a. O. S. 207; Fuchs a. a. O. Anm. II 3b zu § 1173; Neumann a. a. O. Anm. 1 zu § 1173; Planck a. a. O. Anm. 2b zu § 1173.

[3]) Fuchs a. a. O. Anm. II 3b zu § 1173.

[4]) Gleichgültig ist es übrigens hierbei, ob die Konfusion dadurch eintritt, daß der mit dem persönlichen Schuldner identische Eigentümer

Auch insoweit ist also die Fassung des § 1173 nicht glücklich. Bei dem Passus von der Übertragung des Gläubigerrechts auf den Eigentümer ist zu ergänzen: der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. Durch diesen Passus wird also der sonst geltende Grundsatz geändert, daß der Eigentümer mit der Hypothekenforderung die Hypothek — hier also an sämtlichen Grundstücken — als Hypothek des Eigentümers erwirbt. Daß die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Eigentümers der Befriedigung gleichgestellt ist, ist ebenfalls eine Modifikation des § 1163 (1173) BGB. Nach diesem würden bei Konfusion sämtliche Eigentümer die Hypothek an sämtlichen Grundstücken erwerben.

Die Bedeutung des § 1173 beruht also darauf, daß er in mehreren Fällen der Eigentümerhypothek bzw. Hypothek des Eigentümers eine Beschränkung der Hypothek, die nach allgemeinen Grundsätzen vom Eigentümer an allen belasteten Grundstücken erworben würde, auf das Grundstück des betreffenden Eigentümers eintreten läßt.

Hieraus ergibt sich nun für die Anwendbarkeit des § 1173 auf die Grundschuld, daß der Passus von der Vereinigung von Forderung und Schuld sich nicht auf sie bezieht.

Denn § 1163 BGB. findet auf die Einzelgrundschuld nicht dann Anwendung, wenn eine Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers eintritt. Eine Eigentümerhypothek kann daher auch nicht für den Eigentümer, in dessen Person diese Vereinigung eintritt, bei einer Gesamtgrundschuld entstehen, und es kann daher auch nicht gemäß § 1173 BGB. eine Beschränkung der Hypothek auf das Grundstück des betreffenden Eigentümers eintreten.[1])

Dagegen bezieht sich der Passus von der Übertragung des Gläubigerrechts nicht bloß auf die Grundschuld, wie Böhm,[2]) Hachenburg,[3]) Fuchs,[4]) Matthias[5]) behaupten.

---

den Gläubiger oder dadurch, daß dieser jenen beerbt; Planck a. a. O. Anm. 2b γ zu § 1173. And. Ans.: Fuchs a. a. O. Anm. II 4 zu § 1173.

[1]) Gegen die Anwendbarkeit dieses Passus: Biermann a. a. O. Anm. 1 zu § 1192; Fuchs a. a. O. Anm. II 3b zu § 1173 (anders u. E. unzutreffend Anm. 20 zu § 1192); Planck a. a. O. Anm. 4d zu § 1192.

[2]) a. a. O., Anm. III zu § 1173. [3]) Vorträge S. 624.

[4]) a. a. O. Anm. II 3b zu § 1173. [5]) a. a. O. S. 175 Anm. 2.

Das ergibt sich ebenfalls schon aus unseren obigen Darlegungen. Fuchs begründet seine Ansicht damit, daß bei der Hypothek der Fall der Vereinigung mit dem der Übertragung des Gläubigerrechts zusammenfalle. Das ist nicht zutreffend.

Wie schon oben bemerkt, findet ein Zusammenfallen nur statt, wenn der Eigentümer mit dem persönlichen Schuldner identisch ist, und zwar dann deshalb, weil für die Hypothek die Übertragung des dinglichen Gläubigerrechts ohne das persönliche Gläubigerrecht nicht in Frage kommt. Denn gemäß § 1153 BGB. müssen dingliches Recht und Forderung bei der Hypothek zusammen übertragen werden.

Darin liegt zugleich ein Unterschied zur Grundschuld; denn bei dieser kann eine Übertragung des dinglichen Gläubigerrechts allein, auch wenn sie zur Sicherung einer persönlichen Forderung dient, sehr wohl stattfinden. Bei dieser fällt also der Passus von der Übertragung des Gläubigerrechts mit dem Passus von der Vereinigung selbst dann nicht zusammen, wenn der Eigentümer mit dem persönlichen Schuldner identisch ist.

Gegen Böhm u. a. spricht auch der Umstand, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn eine Vorschrift nur für die Grundschuld, nicht aber für die Hypothek gelten soll, die betreffende Vorschrift in die besonderen Bestimmungen für die Grundschuld, nicht aber in die primär für die Hypothek gegebenen Vorschriften gestellt hat.

Die Grundschuld stellt sich mithin, so groß auch ihre Ähnlichkeit mit der Hypothek in vielen Beziehungen ist, als ein von dieser, auch der rechtlichen Natur nach nicht unerheblich unterschiedenes Rechtsinstitut dar. Ob sie vor der Hypothek gesetzgeberisch und im Verkehrsleben den Vorzug verdient,[1]) erscheint zweifelhaft. Hierüber sind beispielsweise bei den Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages und auf Seiten der landwirtschaftlichen Verbände divergierende Anschauungen hervorgetreten.[2])

---

[1]) Mittelstein a. a. O. S. 239 ist der Ansicht, daß der Grundschuld die Zukunft gebühre.

[2]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 712 Anm. 3.

Jedenfalls steht soviel fest, daß einerseits die Bedenken, welche gegen die Grundschuld in gleicher Weise wie gegen den Wechsel geltend gemacht worden sind, sie werde zur Verschleierung von Betrug und Wucher mißbraucht werden, sich im wesentlichen nicht als berechtigt erwiesen haben,[1]) und daß sie andererseits gerade in dem größten deutschen Bundesstaate, in Preußen, bisher im Vergleich zu der Hypothek für den Realkredit nur eine unbedeutende Rolle gespielt hat. Nach der Schätzung erfahrener Grundbuchrichter soll in Preußen etwa auf tausend Hypotheken[2]) eine Grundschuld kommen.[3])

Die Zukunft muß lehren, ob gesetzgeberisch und im Verkehrsleben beide Belastungsformen — Verkehrshypothek und Grundschuld — sich nebeneinander in verschiedenem Umfange behaupten werden, oder eine gegenüber der anderen zum Siege gelangen wird.

---

[1]) Vgl. hierzu Motive III S. 608.
[2]) Einschließlich der Sicherungshypothek.
[3]) Endemann a. a. O.

Berichtigungen.

S. 6 Anm. 4 lies: Eigentümerhypothek statt Eigentumshypothek.
S. 12 Z. 3 v. u. lies: gehe statt gehen.
S. 24 Z. 11 v. u. lies: obliegende statt obliegenden.
S. 60 Z. 3 v. u. hinter Gierke ist Doppelpunkt zu setzen statt Ausrufungszeichen.
S. 70 Z. 2 v. u. lies: Turnau-Förster statt Turnau, Förster.
S. 97 Z. 13 v. u. lies: unverständlicher statt umständlicher.

Lebenslauf.

Am 5. Juli 1879 hierselbst als Sohn des Königlichen Archivsekretärs Alfons Schuster und seiner verstorbenen Ehefrau Agnes, geb. Menzel, geboren, preußischer Staatsangehöriger, katholischer Konfession, trat ich nach vierjährigem Besuch einer hiesigen Volksschule Ostern 1890 in die Sexta des Königlichen St. Matthias-Gymnasiums hierselbst ein, das ich Ostern 1899 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich widmete mich hierauf an der hiesigen Universität dem Studium der Rechte, hörte auch geschichtliche, philosophische und kunstgeschichtliche Vorlesungen.

Ich hörte Vorlesungen bei folgenden Herren Professoren:

Dr. Dr. Bonhöffer, Brie, Dahn, Ebbinghaus, Fischer, Berth, Freudenthal, Gretener, Jacobi, Jörs, Leonhard, Manigk, Naendrup, Schott, Schücking, Schulte, Semrau, Wolff.

Allen diesen Herren sage ich an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank.

Am 10. November 1902 bestand ich am hiesigen Oberlandesgericht das Referendarexamen, am 29. Juli 1904 das Rigorosum.

Am 13. März 1903 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst bei dem Amtsgericht Zobten am Berge ein; am 4. Mai 1908 bestand ich die große Staatsprüfung. Seitdem bin ich dem Amtsgericht hier zur Beschäftigung überwiesen.

Zu besonderem Danke fühle ich mich Herrn Geheimrat *Prof. Dr. Fischer* und Herrn *Prof. Dr. Herbert Meyer* verpflichtet, die mich bei Anfertigung der Dissertation mehrfach durch Anregungen in liebenswürdigster Weise unterstützt haben. Auch meinem Vater danke ich an dieser Stelle freundlichst für die Hilfe, die er mir bei der Korrektur der Druckbogen geleistet hat.

Breslau, den 4. August 1909. Eugen Schuster.